This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
044 059 466 672

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Sept. 10, 1900.

SWITZERLAND

Culpa in contrahendo

oder

Schadenersatz bei nichtigen Verträgen

nach dem

gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht

sowie dem

deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Caspar Melliger,

Advokat in Zürich.

Zweite Auflage.

8°

ZÜRICH

Druck und Verlag von Zürcher & Furrer

1898.

Rec. Sept. 10, 1900.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Die vorliegende Schrift wurde vom Unterzeichneten ursprünglich nur als Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde verfasst, ohne dass er dabei die Absicht hegte, sie je allgemein zu veröffentlichen.

Das allseitig lebhafte Interesse jedoch, das seinem jungen Werke entgegengebracht wurde, bewog ihn, dasselbe auch weitern Kreisen bekannt zu geben und somit als zweite Auflage erscheinen zu lassen.

Wesentliche Abänderungen haben nicht stattgefunden; nur einige Druckfehler wurden beseitigt und verschiedene Gesetzesstellen wörtlich angeführt, um ein öfteres Nachschlagen unnötig zu machen.

Eine Vervollständigung findet die 2. Auflage dadurch, dass das deutsche bürgerliche Gesetzbuch einer einlässlichern Betrachtung gewürdigt wird; bei der grossen Bedeutung desselben für die Wissenschaft und bald auch die Praxis fühlten wir uns hiezu verpflichtet.

Möge das Buch auch im neuen Gewande freundliche Aufnahme finden!

Zürich, im Oktober 1898.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Litteraturangabe und Abkürzungen . . . . . *VII*

I. Einleitung 1

II. Geschichtliche Entwickelung der Frage 4

III. Dogmatik.

A. Allgemeiner Teil:

1. Begriff und Umfang des negativen Vertragsinteresses 24
2. Existenz desselben in den gemeinrechtlichen Quellen und in den modernen Gesetzgebungen.
   a) In den gemeinrechtlichen Quellen 32
   b) In den modernen Gesetzgebungen:
      α) Das schweizerische Obligationenrecht 67
      β) Im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch 77
      γ) In den ausländischen Gesetzgebungen 97
3. Juristische Konstruktion:
   a) Nach gemeinem Recht 102
      α) Eigentliche Kontraktsklage 103
      β) Garantievertrag 112
      γ) Mandat 118
      δ) Actio doli 122
      ε) Culpa in contrahendo 131
      ζ) Bona fides 143
      η) Veranlassungsprinzip 145
      ϑ) Resultat 154
   b) Nach schweizerischem Obligationenrecht 159
   c) Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch 165
4. Praktische Verwendbarkeit des negativen Vertragsinteresses . . 171

B. Casuistik 176

1. Unfähigkeit des Subjektes 176
2. Unfähigkeit des Objektes 189

Seite

3. Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens.
Allgemeines. Einteilung 194
A. Mangel in der Erklärung.
a) Mangel in der Form 195
b) Versehen in der Erklärung: vis absoluta, Fälschung, Versprechen, Verschreiben; Bote 197
c) Divergenz von Erklärung und Wille; Allgemeines . . 217
α) Absichtliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung 217
αα) Scherz, Belehrung etc. 218
ββ) Simulation 221
γγ) Betrug, Furcht, Zwang 223
δδ) Mentalreservation 223
β) Unabsichtliche Divergenz; Irrtum 228
d) Dissens 231
B. Mangel im Willen.
a) Hinfall der Offerte und der Annahmeerklärung . . . 232
b) Stellvertretung. 242

Litteraturangabe und Abkürzungen.

RICHELMANN, Einfluss des Irrtums auf Verträge, 1837.*

SCHEURL, Vertragsabschluss unter Abwesenden, im Jahrbuch für Dogmatik II, 1858.

IHERING, culpa in contrahendo, im Jahrbuch für Dogmatik IV, 1861.*

BÄHR, Über Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen, im Jahrbuch für Dogmatik VI, 1863.

UDE, Über die Bedeutung des Grundsatzes: Impossibilium nulla est obligatio, im Archiv für civilistische Praxis XLVIII, 1865.

REGELSBERGER, Civilrechtliche Erörterungen I, 1868.*

KÖPPEN, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, im Jahrbuch für Dogmatik XI, 1871.*

BÄHR, Irrungen im Kontrahieren, im Jahrbuch für Dogmatik XIV, 1875.*

DREXLER, culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen, 1873.*

ZITELMANN, Die juristischen Willenserklärungen, im Jahrbuch für Dogmatik XVI, 1878.*

KOHLER, Studien über Mentalreservation und Simulation, im Jahrbuch für Dogmatik XVI, 1878.

KÜHN, Vertragsabschluss unter Abwesenden, im Jahrbuch für Dogmatik XVI, 1878.*

MOMMSEN, die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen, 1879.*

ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879.

PERNICE, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXV, 1880.

LEONHARD, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen, 1882.

HARTMANN, Wort und Wille im Rechtsverkehr, im Jahrbuch für Dogmatik XX, 1882.*

PUNTSCHART, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, 1883.*

EISELE, Über die Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangel an Willensübereinstimmung der Kontrahenten, im Jahrbuch für Dogmatik XXV, 1887.*

MARCUSEN, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf, in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins XXVI, 1890.*

SCHULIN, Über den Irrtum nach schweizerischem Obligationenrecht, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. IX, 1890.

WINDSCHEID, Pandekten, 7. Aufl. 1891.*

Schweizerisches Obligationenrecht = S. O.-R.

Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich = B. G. B.

Die mit * bezeichneten Abhandlungen werden in der Folge nur mit dem Namen des Verfassers citiert.

Fernere Litteratur wird noch im Laufe der Darstellung angeführt werden.

I. Einleitung.

Wenn wir auch nicht mehr mit Ihering[1]) sagen können, es handle sich um ein neues Thema, so haben doch seit den letzten eingehenden Erörterungen über unsere Frage seitens Ihering und Mommsen die damit zusammenhängenden juristischen Lehren eine so grosse Umbildung und Weiterbildung erfahren, dass es nicht mehr unnütz erscheint, einmal das negative Vertragsinteresse speziell etwas näher ins Auge zu fassen. Zwar hat vor kurzem Marcusen[2]) eine dahin gehende Darstellung gegeben; allein es ist ihm doch, wie er selber gesteht, weniger um eine einlässlichere Behandlung und Kritik des gemeinen Rechts als um eine vergleichende Darstellung des S. O. R. und des deutschen Entwurfes zu thun.

Um die Sache etwas praktischer zu gestalten, ziehen wir auch das S. O. R. in den Kreis unserer Betrachtung; eine Wiederholung des in der vorher erwähnten Abhandlung von Marcusen Gesagten ist nicht zu befürchten, weil die Ansichten zum grössten Teil sich nicht decken. Dagegen lassen wir die kantonalen diesbezüglichen Gesetzesvorschriften unberücksichtigt, obwohl sie bei den nach kantonalem Recht zu behandelnden Verträgen ebenfalls zur Anwendung kommen müssen, so bei Kaufverträgen über Liegenschaften[3]), Schenkungsverträgen, Immobiliarpfandverträgen[4]); denn einmal spielt das negative Vertragsinteresse bei diesen

---

[1]) S. I. [2]) S. 122—182. [3]) Bundesger. Entsch. XII. Bd. S. 573 u. ff. u. XIII. Bd. S. 511 u. ff. [4]) Bundesger. Entsch. XVI. Bd. S. 399 Erw. 3.

Rechtsgeschäften, weil letztere meistens formeller Natur sind, eine kleine Rolle; sodann schweigen die meisten kantonalen Gesetzbücher nicht bloss über das negative Vertragsinteresse selbst, sondern auch über die damit zusammenhängenden Fragen des Konsenses, der Unmöglichkeit der Leistung etc. — Wohl aber werden wir vergleichshalber auf die ausländischen Kodifikationen hinweisen, weil wir so am besten das allgemein Geltende, das schlechthin Vernünftige erkennen können, weil uns so die Stellung des S. O. R. erst recht klar wird und weil wir auf diesem Wege aus dem Wechselverhältnis zwischen Theorie und Praxis von Jahrzehnten wichtige Schlüsse zu ziehen im stande sind. Unter diesen ausländischen Kodifikationen beansprucht das neue deutsche bürgerliche Gesetzbuch unsere erhöhte Aufmerksamkeit; denn keine andere Gesetzgebung behandelt unsere Frage in dem weitgehenden Masse und es dürfte das bürgerliche Gesetzbuch zweifellos zukünftigen Kodifikationen in dieser Richtung als Vorbild dienen.

Wir schicken der dogmatischen Darstellung eine kurze geschichtliche Betrachtung voraus; diese wird uns zur Genüge beweisen, dass wir es hier mit einer im höchsten Grade streitigen Frage zu thun haben. Man tastet noch vielfach nach etwas juristisch Fassbarem; es handelt sich gleichsam um einen rechtspolitischen Gedanken, der erst in Gesetz und Wissenschaft verkörpert werden soll. Während die einen diesen Gedanken schlechtweg verwerfen, der Annahme einer culpa in contrahendo jede Existenzberechtigung absprechen, disputieren die andern bloss über seine juristische Konstruktion; oder man glaubt endlich mit der Unmöglichkeit der letztern auch die Wahrheit jener Ansicht erwiesen zu haben.

So haben wir auch im dogmatischen Teil nach Feststellung des Begriffes und des Umfanges des negativen Vertragsinteresses und seiner Existenz in den Quellen und Gesetzgebungen zunächst eine juristische Konstruktion dieses Rechtsgebildes zu versuchen

und sodann seine praktische Verwendbarkeit zu prüfen, seine Übereinstimmung mit den Rechtsanschauungen des heutigen Verkehrs und der Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit. Das so gewonnene Resultat ist endlich auf die einzelnen Nichtigkeitsfälle anzuwenden, Unfähigkeit des Subjekts, Unfähigkeit des Objekts, Mangel der Erklärung und Mangels des Willens.

Das gemeine, das S. O. R. und das B. G. B. werden neben einander behandelt, um nicht der Einheit und systematischen Abgeschlossenheit der Abhandlung Eintrag zu thun und um, wo möglich, der Gefahr von Wiederholungen vorzubeugen.

Unsere Ausführungen werden dem ersten Teil des Titels nicht entsprechen, weil über den Begriff der culpa hinausgehend; wenn wir trotzdem diesen Ausdruck gewählt, so geschieht es in Anlehnung an die Ihering'sche Bezeichnung in seiner bekannten Abhandlung: culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Der Kreis der damit umspannten Fälle ist ungefähr derselbe; bloss die Begründung ist eine andere.

II. Geschichtliche Entwickelung der Frage.

Die Lehre des negativen Vertragsinteresses geht parallel derjenigen der Perfektion oder Gültigkeit des Vertrages und weil bei letzterer selbst der Irrtum sowohl an sich als in Verbindung mit andern Vertragsmomenten, wie Unmöglichkeit der Leistung etc. die Hauptrolle spielt, vor allem parallel der Irrtumslehre; ja wir können sagen, das negative Interesse ist nichts anderes als ein Versöhnungsmittel zwischen jenem Extrem, das mehr gegebene Begriffe rein logisch auseinandersetzt und daher naturgemäss auch die Grundlage in den Quellen sucht, und jenem andern, das seine Theorie ausschliesslich nach den Bedürfnissen des Lebens konstruieren will, zwischen Willensdogma auf der einen, Vertrauens- oder Erklärungstheorie auf der andern Seite. Daher denn auch die Erscheinung, dass die ältern Schriftsteller, da zu ihrer Zeit die Willenstheorie noch unangefochten war, mit wenigen Ausnahmen von unserer Frage nicht oder nur spärlich reden, dass mit wachsendem Kampf gegen jene auch das negative Interesse an Bedeutung und Umfang gewinnt, so verschieden es auch juristisch gerechtfertigt wurde, und dass es endlich, wie die Gegenwart zeigt, in dem Masse wieder aus dem System des Privatrechtes verschwindet als die Erklärungstheorie die Oberhand gewinnt.

Als Repräsentanten[1]) des Prinzips des negativen Interesses können wir nicht betrachten CUJACIUS; denn bezüglich der von

[1]) Über die ältern Schriftsteller bis 1873 s. Drexler, S. 5 u. ff.

ihm[1]) angeführten Fr. 62 § 1 D de contrah. empt. 18, 1; § 5 Id. empt. et vend. 3, 23 und 21 D d. act. empt. vend. 19, 1 spricht er von Erfüllungsinteresse, wenn auch bei Unkenntnis des Verkäufers beschränkt auf die Höhe des Sachwertes, mit andern Worten, er lässt den Vertrag gültig sein, es tritt bloss an die Stelle der Naturalleistung Ersatz des Interesses.

Den gleichen Weg schlägt DONELLUS[2]) ein, wenn er auch den Fall etwas anders konstruiert; auch er versteht, gestützt auf Fr. 13 D rat. rem. hat. 46, 8 unter dem „id, quod interest, deceptum non fuisse", das Erfüllungsinteresse, und wenn er im Bewusstsein der Schwäche seiner Beweisführung zur Garantieannahme die Zuflucht nimmt, so verneint er eben damit die Existenz eines negativen Vertragsinteresses.

Von einem Ersatzanspruch bei dolus und culpa lata nach allgemeinen Grundsätzen spricht SCHWEPPE[3]), ohne indess diesen Anspruch irgendwie auseinanderzusetzen oder zu begründen; und noch allgemeiner drückt sich THIBAUT[4]) bezüglich error unilateralis aus, während er[5]) beim error essentialis bilateralis von jedem Ersatz schweigt.

Der Erste, welcher eine genauere Erörterung giebt und auch auf die Quellen zurückgeht, ist RICHELMANN.[6]) Er hat zuerst eine scharfe Sonderung zwischen Vertrags- und Schadenersatzfrage als etwas wesentlich von einander verschiedenes vorgenommen und hingedeutet auf das Bedürfnis des Verkehrs, dem nachzukommen die Quellen keinesfalls verbieten, wenn auch nicht direkt verlangen. Leider gerieten die Ausführungen Richelmanns wieder in Vergessenheit und selbst Ihering gesteht[7]) von sich, dass er die Richelmann'sche Ansicht erst zu würdigen gelernt, nachdem er von ihr zu derselben hingeführt worden sei.

---

[1]) Observat. II. C. 5. [2]) Comm. jur. civ. l. XII. c. 20 § 16. 17. [3]) Das röm. Privatrecht III, § 418. [4]) Pandekten, 9. Aufl. § 374, 2 A. [5]) a. a. O. § 373 I 1. [6]) S. 130—138. [7]) S. 4.

So beruhigt sich MÜHLENBRUCH [1]) teils mit der Annahme eines wirksamen Forderungsverhältnisses, [2]) teils [3]) mit dem Hinweis darauf, dass die rechtliche Konsequenz die Annahme eines Schadenersatzanspruches bei blosser culpa verbiete. Ebenso begnügt sich SAVIGNY [4]) mit dem Satz: die culpa kann eine allgemeine causa obligationis nicht sein, während WÄCHTER [5]) wieder zu der von Donellus angedeuteten Garantie zurückkehrt.

Auch MOMMSEN [6]) wagt es nicht, „von den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts“ [7]) abzuweichen, obwohl ihm Fr. 62 § 1 D d. contrah. empt. 18, 1; Fr. 1 § 2, 6 D d. ædil. ed. 21, 1 etc. und die Billigkeit dagegen zu sprechen scheinen.[8]) Er gestattet deshalb eine Entschädigungsklage bei Nichtigkeit des Vertrages nur im Falle des Dolus und der nach seiner Ansicht ihm gleich stehenden culpa lata; dementsprechend hebt aber auch eine blosse culpa levis des Gläubigers diesen Anspruch nicht auf.[9])

Einen neuen Weg schlägt SCHEURL [10]) ein, indem er den Gesichtspunkt des Mandates zu Hülfe nimmt; allein wenn wir auch in dem von ihm behandelten Fall, dem Widerruf der Offerte, diese Konstruktion anerkennen könnten, so wäre damit eine hinreichende Lösung für die andern, in unser Gebiet eingreifenden Fragen nicht gegeben. Scheurl selbst fühlt sich veranlasst, schliesslich auf Treu und Glauben als Grundlage der Klage hinzuweisen.

Die Herbeiziehung des Mandatsgedankens weist denn auch BEKKER, ebenfalls vom Widerruf der Offerte sprechend, zurück. [11]) Er denkt an die Kontraktsklage, ohne Gültigkeit des Vertrages anzunehmen, und an die actio doli als Subsidiärklage; eine ge-

---

[1]) Pandekten, 3. Aufl. [2]) a. a. O. § 333, 1. [3]) a. a. O. § 338. [4]) System, III. Bd. S. 294a. [5]) Württemberg. Privatrecht II S. 749. [6]) Unmöglichkeit der Leistung, 1853. [7]) a. a. O. S. 123. [8]) a. a. O. S. 122. [9]) a. a. O. S. 107—109, 116, 133, 136, 142, 161, 165, 192. [10]) Jahrb. d. Dogm. II, S. 274 fg. [11]) Jahrbuch des gemeinen Rechts II. 1858, S. 366.

nauere Begründung dieser rechtlichen Mittel findet man bei ihm nicht.[1])

Eine eingehendere Behandlung erfährt unsere Frage erst durch IHERING,[2]) dem vollständig beistimmt VANGEROW.[3])

In BÄHR[4]) erblicken wir bereits einen Vertreter der neuern Richtung. Den Begriff des Boten, bei dem er noch mit dem Schadenersatz operiert, eng beschränkend, lässt er dem Dritten eine beschränkte Wahl, ob er den falsus procurator auf das Erfüllungsinteresse oder das nagative belangen will,[5]) und wendet sich dann[6]) vor allem gegen die praktische Verwendbarkeit des negativen Vertragsinteresses.

Auf dem Boden der Ältern steht UDE.[7]) Nach ihm bedarf es der Annahme einer nach singulären Grundsätzen zu beurteilenden Entschädigungsklage nicht;[8]) er begnügt sich mit einer allerdings etwas weitgefassten actio doli, — indem er das decipere der massgebenden Quellenstellen als Dolus des Verkäufers deutet, — die bei bonæ fidei Kontrakten in der Form der entsprechenden Kontraktsklage erscheint.[9]) Seine Erörterungen beziehen sich zwar nur auf den Fall der objektiv unmöglichen Leistung; allein seine Begründung rechtfertigt eine Ausdehnung auf analoge Fälle.

Auch REGELSBERGER[10]) kann sich mit dem negativen Vertragsinteresse nicht befreunden, obwohl er ihm den Vorzug giebt vor der blossen actio doli. Bei der auf dolus und culpa lata beruhenden Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung lässt er aus praktischen Gründen und, wie er sich selbst ausdrückt, entgegen der reinen Rechtskonsequenz den Vertrag gültig sein. Über die Fälle der blossen culpa levis und des casus spricht er sich nicht aus. Bezüglich Vertragsabschluss unter Abwesenden hilft er sich mit einem stillschweigenden Garantievertrag, der

---

[1]) ibid. S. 367 u. ff. [2]) S. 1—105. [3]) Pandekten, 7. Aufl. I. § 109 u. III. § 603 Anm. 1,5. [4]) Jahrb. d. Dogm. VI. S. 287 u. ff. [5]) ibid. S. 291. [6]) ibid. S. 305 u. 306. [7]) Arch. f. d. civilist. Prax. XLVIII. [8]) S. 272. [9]) ibid. S. 260 u. ff. [10]) S. 17 u. ff.

zum Gegenstand allerdings das negative Vertragsinteresse hat;[1]) den Widerruf der Offerte erklärt er infolge stillschweigenden Widerrufsverzichtes[2]) und im kaufmännischen Verkehr auch Kraft Gesetzes für rechtlich wirkungslos.[3]) Beim Ausbleiben oder verspäteten Eintreffen der rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung spricht er[4]) von Schadenersatz, worunter er vermutlich das negative Vertragsinteresse versteht. Man erblickt in diesen mannigfaltigen Entscheidungen den Kampf im Bestreben, sich nicht gegen die Theorie und Systematik zu verfehlen und doch anderseits den Bedürfnissen des Rechtslebens gerecht zu werden.

Diesem beständigen Kampfe zwischen Theorie und Praxis zu entgehen, stellt sich KÖPPEN[5]) schlechtweg auf den Standpunkt der letztern und konstruiert auf dieser Grundlage eine neue Vertragstheorie; der Consens ist bloss erforderlich für den Bestand des Rechtsverhältnisses, nicht aber für den des Rechtsgeschäftes; mangelt auch das erstere, so kann doch aus letzterem auf Schadenersatz geklagt werden; die culpa ist damit glücklich in eine vertragliche umgewandelt.

DREXLER steht dem Resultat nach, wenn wir von der Offerte und der Unfähigkeit des Subjektes absehen[6]), auf dem Boden von Ihering, während er den Grund der Klage in der objektiven Verschuldung und in einer stillschweigenden Zusage findet. Die Hervorhebung des letztern Momentes beweist, dass auch er die Haftung als eine ausservertragliche nicht auffasst.

In einseitiger Berücksichtigung des subjektiven Thatbestandes lässt ZIMMERMANN[7]) sowohl bei objektiv unmöglicher Leistung als beim Irrtum den Vertrag gültig sein, wofern die Partei die Sachlage gekannt oder hätte kennen sollen, während er bei Abwesenheit einer Verschuldung jede Haftbarkeit leugnet.

BÄHR setzt den früher[8]) begonnenen Kampf gegen das

---

[1]) S. 32 u. ff. [2]) S. 72 u. 222. [3]) S. 74. [4]) ibid. S. 81. [5]) Jahrb. der Dogm. XI. S. 140—391. [6]) S. 64 u. ff. [7]) Jahrb. der Dogm. XIII. S. 389, 391, 405. [8]) s. oben S. 7.

negative Vertragsinteresse fort im Jahrb. der Dogm. XIV. S. 393—427. Bietet sich kein anderer Ausweg mehr dar, so greift man getrost zur Fiktion, um die Gültigkeit des Vertrages zu retten; immerhin soll diese nicht zur Bereicherung des Gegners führen.[1]) Auch beim Versehen einer Willensmitteilung durch Boten dehnt er die Haftung auf das Erfüllungsinteresse aus, während er sie früher[2]) in dieser Beziehung auf das negative beschränkte. Im Gegensatz und wohl auch im Widerspruch zu dieser strengen Rechtsanschauung begnügt er sich dagegen bei blossem Zufall mit dem Satz: casum sentit dominus.[3])

Einen Mittelweg schlägt WINDSCHEID[4]) ein, indem er, obwohl seine Erörterungen über die Willenserklärungen, rein logisch betrachtet, eine andere Entscheidung verlangen würden, bei auf Arglist oder grober Fahrlässigkeit beruhender Disharmonie zwischen Erklärung und Wille Gültigkeit des Vertrages annimmt.[5]) Bei culpa levis kann auf dem Boden des positiven Rechts, wenn überhaupt, nur mit dem Begriff des negativen Interesses geholfen werden, dessen Quellenmässigkeit und Brauchbarkeit er allerdings nicht mit besonderer Wärme verteidigt. — Diese seine Ansicht hat Windscheid auch später beibehalten,[6]) und in seiner letzten Pandektenauflage das negative Vertragsinteresse auch beim Widerruf der Offerte verwertet,[7]) wo er früher mit der Garantieübernahme operierte.

Mit aller Energie steht für die Willenstheorie ein ZITELMANN;[8]) ja selbst gegen die Vermittlungsversuche von Windscheid, im Falle des dolus und der lata culpa die Erklärung über den Willen zu stellen, lehnt er sich auf.[9]) Sollte dies im Rechtsleben verhängnisvolle Folgen mit sich führen, dann kann und soll man die Beweisfrage als Korrektor und Regulator benutzen;[10]) aber

---

[1]) S. 421. [2]) s. oben S. 7. [3]) S. 419. [4]) Wille und Willenserklärung, 1878, auch enthalten im Arch. f. civ. Pr. 63. Bd. [5]) ibid. S. 96 u. ff. [6]) Pandekten 7, Aufl. § 75 Note 1 d, § 311 Note 1 u. § 315 Note 7. [7]) ibid. § 307 Note 5. [8]) Jahrb. d. Dogm. XVI. [9]) a. a. O. S. 428 u. ff. [10]) a. a. O. S. 430 u. ff.

das Prinzip: keine gültige Erklärung ohne entsprechenden Willen, soll gewahrt bleiben. Liegt eine Schuld vor, so begründet dies eben nur einen Anspruch auf Schadenersatz;[1]) eine solche Schuld kann allerdings schon in der Wahl des Erklärungsmittels liegen; über die culpa hinaus soll aber jede Haftung unterbleiben.[2]) [3])

KÜHN[4]) stellt sich in der Bekämpfung der bisherigen Lösungsversuche vollständig auf die Seite von Köppen,[5]) obwohl er von der Vertragsnatur eine diametral entgegengesetzte Auffassung hat. Weder die culpa in contrahendo, noch die actio doli, weder die actio mandati, noch der stillschweigende Garantievertrag oder Widerrufsverzicht können den Juristen befriedigen. Das mag praktisch bedenklich sein; aber de lege lata können wir nicht anders helfen. Die Quellen schweigen über unsere Frage, weil bei den Römern vermöge der damaligen Verhältnisse ein Zweifel in diesem Punkte kaum auftauchen konnte; an der modernen Gesetzgebung liegt es, dem veränderten Rechts- und Verkehrsleben durch eine vernünftige Reform Rechnung zu tragen.[6])

Eingehender behandelt unsere Fragen wieder MOMMSEN.[7]) Er wendet sich sowohl gegen Ihering als gegen Köppen und Windscheid, verteidigt aber auch anderseits den Begriff des negativen Vertragsinteresses gegen Bähr,[8]) verwendet indes denselben seinerseits nur im Fall des dolus und der culpa lata. In einigen Fällen nimmt er seine Zuflucht zur Mandatsklage, die aber ihrer Natur nach zum Gegenstand bloss den Ersatz der Impensen, nicht das negative Interesse hat.[9])

Als Gegner der Willenstheorie erscheint BEKKER in der

---

[1]) a. a. O. S. 417. [2]) a. a. O. S. 434. [3]) Es ist dieselbe individualist. Neigung, den einzelnen zu schonen und auf die Autonomie des Privatwillens das Hauptgewicht zu verlegen, wie sie uns in seinem spätern Werk: „Irrtum und Rechtsgeschäft" entgegentritt. [4]) Jahrb. d. Dogm. XVI. [5]) a. a. O. S. 59. [6]) a. a. O. S. 89. [7]) Erörterungen II, die Haftung etc. [8]) a. a. O. S. 52. [9]) a. a. O. S. 134.

crit. V. J. Sch. XXII. S. 33 u. ff.[1]) Er will die Gültigkeit des Vertrages nicht sowohl nach der Absicht der Erklärungsgeber als nach den billigen Erwartungen der Erklärungsnehmer beurteilt wissen. Bezüglich der culpa in contrahendo befürchtet er, es könnte die Bestimmung der culpa nach rein kriminalistischen Gesichtspunkten erfolgen. — Der vom Erklärungsnehmer zu erbringende Beweis des Umfanges des negativen Vertragsinteresses ist sehr schwierig und daher ist es besser, ohne weiteres die Folgen des vollendeten Vertrages anzunehmen, ohne indes dem Beschädigten die Wahl zwischen der Klage auf das Erfüllungs- und das negative Interesse abzuschneiden.

PERNICE,[2]) für den es sich nur darum handelt, der neuen Lehre Zugeständnisse zu machen, ohne das alte Prinzip aufzugeben,[3]) sieht als Grund für die abweichende Beurteilung der Verträge gegenüber den andern Rechtsgeschäften lediglich rechtspolitische Erwägungen an.[4]) Die Betonung der bona fides ergiebt kein juristisches Prinzip; die Verschuldungstheorie beruht auf reiner Fiktion, die sich vielleicht für das positive Recht, aber nicht für die juristische Konstruktion eignet. Die Vertrauenstheorie dagegen führt nicht über das negative Vertragsinteresse hinaus; denn es steht nicht ein gebrochener Vertrag, sondern eine verfehlte Erwartung in Frage. Durch diese Theorie wird die Lage des Promissars nicht wesentlich gebessert, wohl aber diejenige des Promittenten verschlechtert.[5]) Das negative Interesse gewinnt immer mehr Anhänger, aber die Theorie sträubt sich dagegen, weil sie keine rechtliche Formulierung zu finden weiss. Man hat Garantie und culpa als Erklärungsmittel betrachtet, aber unbegründet; denn die culpa schrumpft zur causa zusammen. — Die Gleichstellung von dolus und culpa lata bezieht sich bloss

---

[1]) Zitelmanns Werk: Irrtum und Rechtsgeschäft kritisierend. [2]) Goldschm. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXV. S. 77—141. [3]) a. a. O. S. 116. [4]) a. a. O. S. 112. [5]) a. a. O. S. 113 u. ff.

auf vertragliche Verhältnisse;[1]) eine Gleichstellung darüber hinaus hebt die Savigny'sche Irrtumslehre praktisch auf.

Im Gegensatz zu Pernice will LEONHARD[2]) das herrschende Prinzip stürzen auf „Grund einer genauen Quellenexegese über die Bedeutung von consensus". Hiernach bedeutet letzterer nicht Übereinstimmung der Willen, sondern der Erklärungen und so bedürfen wir der Annahme einer besondern Haftung auf das negative Vertragsinteresse nicht. Entweder ist nämlich eine beiderseitige culpa vorhanden und also nach allgemeinen Grundsätzen eine Schadensersatzpflicht ausgeschlossen oder es ist für den unschuldigen Mitkontrahenten des Culposen schon in anderer Weise gesorgt, nämlich bei der vox ambigua dadurch, dass gegen denjenigen interpretiert wird, welcher an der Undeutlichkeit seiner Erklärung die Schuld trägt, bei der vox non ambigua dadurch, dass der Adressat der Erklärung sich mit wenigen Ausnahmen an dem ihm erkennbaren Sinn der Auslegung halten darf, bei der Unrichtigkeit eines bedingungsweise vorausgesetzten Umstandes dadurch, dass derjenige, welcher für dessen Richtigkeit ausdrücklich oder stillschweigend einzustehen versprochen, für das Erfüllungsinteresse haftet. Der Vertrag ist dann zwar nichtig, aber nicht wirkungslos, d. h. er bindet nicht auf dasjenige, worauf sein Wortlaut hinzielt, wohl aber auf sein Surrogat. — Mit Letzterem korrigiert Leonhard seine früher[3]) ausgesprochene Ansicht, dass die Vertragsklage nicht zur Geltendmachung aller Ansprüche benutzt werden könne, welche infolge der äussern Thatsache des Vertragsabschlusses entstanden waren.[4]) Im übrigen legt er bereits hier die soeben geschilderte Auffassung an den Tag. Er behauptet die Gültigkeit des Vertrages über einen freien Menschen und eine verkehrsunfähige Sache, und erklärt sodann, dass in diesen Entscheidungen keine Ausnahms-

[1]) a. a. O. S. 131. [2]) Der Irrtum bei nichtigen Verträgen, 2. Bd. 1882 u. 1883. [3]) Goldschm. Zeitschr. f. d. gesamte Handelsr. XXVI. S. 287—307. [4]) ibid. S. 303.

vorschriften zu erblicken seien, sondern nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes: das Recht sucht durchweg den Käufer vor Enttäuschungen zu bewahren.[1]) Er kämpft gegen die Mandatstheorie von Mommsen.[2]) Die Gültigkeit des Vertrages schliesst indes nicht aus, dass bisweilen statt bis auf das Erfüllungsinteresse auf das negative geklagt werden kann; letzteres ist bei dolus in contrahendo anzunehmen, wofern der Geschädigte nicht das Erfüllungsinteresse vorzieht, während das Gleiche bei blosser culpa in contrahendo nicht gilt.[3]) Wir sehen also, dass der nämliche Verfasser die Erfordernisse der Vertragsgültigkeit eng begrenzt, den ausservertraglichen Verpflichtungen dagegen ein sehr beschränktes Gebiet anweist, wie er denn auch gegen die ausservertragliche Gleichstellung von dolus und culpa lata polemisiert.[4]) Die Rechtsschöpfung einer deliktsartigen Haftung bei verschuldeter Nichtigkeit des Vertrages ist sehr verdienstlich, weil sie allein die Härten einer unrömischen Irrtumslehre auszugleichen vermochte; sowie aber die römische Irrtumslehre wieder in vollem Glanze hergestellt ist, können wir auch jener wieder entbehren.

Auch HARTMANN[5]) erwartet eine gründliche Besserung nur vom Verlassen des Prinzips selbst. Das ganze System des römischen Rechts, die ganze Konsequenz der klassischen Jurisprudenz passt schwer zur Annahme eines negativen Vertragsinteresses. Aber ebenso verwerflich ist der Mandatsgedanke von Mommsen; denn, von anderem abgesehen, ist gewiss auch beim Mandat Consens ebenso gut erforderlich wie beim Kauf etc. Das negative Interesse ist nichts anderes als ein meist zeitgemässer Aushängeschild und ein Durchgangsstadium für eine volle und ganze Beseitigung der praktischen Trostlosigkeit. Natürlich ist damit in keiner Weise der Begriff des negativen Interesses überhaupt als

---

[1]) ibid. S. 295. [2]) ibid. S. 298. [3]) ibid. S. 302. [4]) ibid. S. 305. [5]) Jahrb. d. Dogm. XX. S. 2—78.

wenig praktikabel und als speziell dem römischen Recht fremd angefochten und in Frage gestellt; so nicht, wenn jemand dolos zur Abschliessung eines rechtsgültigen Vertrages verleitet worden ist. Aber hier handelt es sich nicht um das negative Interesse überhaupt, sondern speziell um das sogenannte negative Vertragsinteresse. Die Klage darauf soll dem Kontrahenten gegeben werden, nicht, damit er vom Vertrage loskomme, sondern damit er den Vertrag noch so viel als möglich festhalte und vom Schaden, welcher aus der Täuschung über die rechtliche Ungültigkeit des Vertrages erwächst, befreit werde. Der ganze Schaden wird hier eben angerichtet durch den angeblichen Rechtssatz, dass eine Willenserklärung ohne entsprechende innere Absicht des Erklärenden stets nichtig sein soll. Verstösst dieses Prinzip gegen die bona fides, so erfolgt eine radikale Heilung nur dadurch, dass das angebliche Rechtsprinzip entsprechend berichtigt und modifiziert wird. — Den Härten des Prinzips im Stadium der praktischen Verwirklichung durch ein „non probabilis" entgegentreten, nur um das Prinzip zu retten, ist eine falsche Methode; denn die Schule soll sich dem Leben anpassen und zwar auch den launischen Kombinationen desselben. — Ebenso verwerflich ist die Statuierung einer unbestimmten Absicht; denn diese läuft meistens nur auf eine Fiktion eines in Wahrheit fehlenden Willens hinaus; der Weg der Fiktion ist aber ein für das Recht gefährlicher und anderseits schliesst auch eine solche Fiktion keinerlei wissenschaftliche Begründung und Aufklärung des Problems in sich.[1]) Das in der römischen Rechtsentwicklung allmählich zur Entfaltung gelangte Prinzip der bona fides hat nicht bloss die Entkräftigung von Rechtsgeschäften zu motivieren, bei deren Eingehung gegen die rechtliche Ethik gesündigt worden ist, nicht bloss die Rechtsgeschäfte von Wortklaubereien zu befreien, sondern auch den Bestand der Rechtsgeschäfte im Einklang mit der

[1]) ibid. S. 17—26.

rechtlichen Ethik zu sichern. Daher auch die richtigen Einzelentscheidungen der römischen Juristen, in deren abstrakter Motivierung sie allerdings oft fehl gegriffen.[1]) Wenn wir bei der stillschweigenden Willenserklärung auf die bona fides abstellen, warum nicht bei der ausdrücklichen? Der blosse Umstand, dass es dem Promittenten wenigstens am animus decipiendi fehlte, kann für sich allein die Erhebung der voluntatis quæstio noch nicht rechtfertigen; es müssen noch andere Rechtfertigungsgründe hinzukommen, wie vor allem, dass die zu erweisende Disharmonie von äusserer Erklärung und innerer Absicht der andern Partei erkennbar ist, ferner dann, wenn die untergelaufene Divergenz sofort berichtigt und liquid gestellt wurde, so lange nämlich noch res integra ist, ferner dann, wenn der Anspruch sich auf rein lukrativen Grund stützt und die Aufrechterhaltung eine positive Bereicherung bezweckt.[2]) Anderseits warum soll nicht auch ein Irrtum im Motiv für den ganzen Rechtsbestand des Geschäftes ausschlaggebend sein, wenn der betreffende Umstand, nach der Sachlage beurteilt, als stillschweigende Bedingung des Geschäftes sich ergiebt.[3])

ARNDTS[4]) vertritt die Mittelmeinung. Wenn auch ein angeregter Vertrag nicht zum Abschluss gelangt, so kann doch gegen den Zurücktretenden ein Anspruch auf Schadensersatz sich ergeben, so unzweifelhaft bei dolus (actio doli), sodann auch, wo der Antrag zu einem Vertrag so aufzufassen, dass derjenige, dem er gemacht wird, dadurch sofort zu entsprechendem Handeln sich bestimmt finden soll, im Antrag also schon die Ermächtigung zu solchem Handeln liegt. Die heutige Rechtswissenschaft aber neigt dahin, überhaupt gegen denjenigen, welcher in einem andern das sichere Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erregt hat, der dann doch nicht zum Abschluss gedeiht oder

---

[1]) ibid. S. 33 u. 34. [2]) ibid. S. 41 u. 42. [3]) ibid. S. 49. [4]) Pandekten 11. Aufl. 1883.

[illegible] nichtig ist, einen Anspruch auf das sogenannte negative Vertragsinteresse zu geben. — Hinsichtlich der Gültigkeit des Vertrages selbst steht er auf dem ältern Standpunkte, dass die Partei im Einzelfall dasjenige wirklich gewollt haben muss, was als ihre Willensmeinung erscheint.

Eine neue, derjenigen von Köppen verwandte Lösung versucht [illegible] [1]) mit seiner Theorie von den konkreten objektiv rechtlichen Rechtsverhältnissen. Vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus kann unter emptio — er spricht von Fr. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1 — nur der Kaufvertrag verstanden werden und weil die Stelle sagt: licet emptio non teneat, so kann es sich von ihrem Standpunkte aus nur um die Frage handeln, ob mit den angegebenen Worten ein zu Recht bestehender oder ein nicht zu Recht bestehender, also ein nichtiger Vertrag gemeint ist; die letztere Annahme führt zum Widerspruch, dass es eine Klage aus einem Kaufvertrag geben soll, welcher nichtig ist; die erstere zu einem Konflikt mit dem Perfektionsbegriff des Vertrages. — Allen diesen Schwierigkeiten entgehen wir, wenn wir unter emptio das vom zweifellos rechtsbeständigen Kaufvertrag begründete objektiv-rechtliche Rechtsverhältnis des Käufers verstehen. Aus diesem haftet der Verkäufer mit seiner Person dem Käufer für die Tradition des locus sacer, der res religiosa. Aus dieser Haftung kann aber im vorliegenden Fall die Verbindlichkeit, den locus sacer zu tradieren, darum nicht entstehen, weil es rechtlich unmöglich ist, diesen Gegenstand mit Rechtserfolg zu taxieren (licet emptio non teneat). Allein aus dem konkreten, objektiv-rechtlichen Rechtsverhältnis entspringen nicht bloss solche Rechte, bez. Verbindlichkeiten, welche die Parteien beim Abschluss des Vertrages beabsichtigt haben, sondern auch solche, welche das objektive Recht unabhängig von ihrem Willen und bez. auch gegen ihren Willen daraus entstehen

[1]) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechtes.

lässt.[1]) Ähnlich verhält es sich mit dem Kauf eines freien Menschen; der Verkäufer haftet für das Interesse, mag er den Umstand gekannt haben oder nicht, sofern nur dem Käufer die Eigenschaft des Kaufobjektes unbekannt war. — Bezüglich der Frage, ob darunter das negative oder Erfüllungsinteresse zu verstehen, muss man sich mit Rücksicht auf § 3 I d. empt. et vend. 3, 23 und Fr. 39 § 3 D de evict. 21, 2 der Ansicht derjenigen anschliessen, welche hier die Grundsätze über das Eviktionsinteresse teils direkt, teils analog in Anwendung bringen.[2])

Etwelche neue Gesichtspunkte eröffnet uns EISELE.[3]) Ihm gilt die herrschende Ansicht (Willenstheorie) als Mittel von zwei Extremen. Jeder angebliche Vermittlungsversuch muss daher mehr oder weniger gegen die Extreme der Erklärungstheorie hinneigen.[4]) In allen den Fällen, wo die Stellung der Willensfrage nicht zugelassen wird, ist der Effekt derselbe, wie wenn ein Dissens nicht stattgefunden.[5]) Aber deshalb sind wir nicht berechtigt, das Zustandekommen eines Vertrages anzunehmen; denn der Vertrag ist ein Produkt des menschlichen Verkehrs und nicht etwas vom Recht erzeugtes, und daher auch unabhängig von letzterem. Das Recht kann bloss bestimmen, dass ein Thatbestand dieselben Rechtsfolgen haben soll wie ein Vertrag.[6]) Das hat aber auch praktische Folgen; denn bei der Annahme eines Vertrages können wir dem Betrogenen bei der Mentalreservation den vielleicht vorteilhaftern Anspruch auf das negative Interesse nicht gewähren, sondern bloss den auf das Erfüllungsinteresse.[7]) Es giebt Thatbestände, welche weder Vertrag noch Delikte sind und doch Obligationen erzeugen; wir brauchen deshalb nicht von einer vorhandenen Verpflichtung auf einen Vertrag zu schliessen.[8]) — Das vom Willen verlassene Wort erzeugt für sich allein und ohne Hinzutritt weiterer Momente

[1]) ibid. S. 120, 127, 130. [2]) ibid. S. 171 u. 172. [3]) Jahrb. d. Dogm. XXV 1887. [4]) ibid. S. 418. [5]) ibid. S. 437. [6]) ibid. S. 440. [7]) ibid. S. 444. [8]) ibid. S. 447.

keine Rechtswirkung und zwar ganz gleichgültig, auf welche Weise das Auseinandersein von Wille und Erklärung verursacht wurde und ob dabei den Erklärenden ein Verschulden trifft oder nicht.[1]) Es müssen die res integra beseitigenden Thatsachen zu den Vertragserklärungen hinzukommen, wenn eine Verpflichtung einer Partei entstehen soll, und beide müssen in einem ursächlichen Zusammenhang stehen.[2]) Welches ist aber der innere Verpflichtungsgrund? Es ist die bona fides, welche nicht nur ein den Verkehr beherrschendes, sondern denselben erst ermöglichendes Prinzip ist; jeder, an den ein anderer mit einer Vertragserklärung herantritt, muss sich darauf verlassen dürfen, dass der ihm gewordenen Vertragserklärung ein entsprechender Wille zu Grunde liegt. Es ist eine gewisse Garantie — ein stillschweigender Garantievertrag ist ebenso unhaltbar wie überflüssig[3]) — die aber voraussetzt, dass der Empfänger der Erklärung bei Beurteilung derselben tadelsfrei zu Werke gegangen ist. Der Sinn der Garantie führt aber nicht weiter als auf das Ihering'sche negative Vertragsinteresse.[4]) Dies erscheint auch praktisch um so gerechtfertigter, als diese Haftung von jeder culpa des Erklärenden absieht und mit einer blossen Verursachung sich begnügt.[5]) Die Ermittelung des negativen Interesses ist nicht mit grössern Schwierigkeiten verbunden als diejenige des Erfüllungsinteresses; im übrigen soll die Gerechtigkeit nicht vor den Schwierigkeiten zurückweichen und die beweisrechtliche nicht mit der materiellrechtlichen Frage verwechselt werden.

Bei seiner frühern Ansicht verharrt BÄHR in der kritischen V. J. Sch. XXX. 1888.[6]) Die Art der Haftung nach dem Grade der Fahrlässigkeit zu bestimmen, ist unpraktisch, weil die Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit flüssig

---

[1]) ibid. S. 468. [2]) ibid. S. 471. [3]) ibid. S. 474. [4]) ibid. S. 479. [5]) ibid. S. 484. [6]) Kritik des deutschen Entwurfs, S. 336 u. ff.

und der Beweis der entscheidenden Momente vom Erklärungsempfänger schwer zu erbringen ist. Gleichwohl kann man dem Entschädigungsprinzip eine gewisse Berechtigung nicht versagen. Der gebotene Schutz des bona fide Verkehrs geht nicht weiter, als dass der zu Schützende vor positivem Schaden bewahrt bleibe. Wo ein solcher erkennbarer Weise nicht vorliegt, da tritt das Willensdogma wieder in volle Geltung. Allein das ergiebt sich nicht schon aus der Natur des Geschäftes selbst; der Erklärende muss den Beweis dafür erbringen, dass ein positiver Schaden nicht entstanden, mit andern Worten, die Beweislast ist umgekehrt.[1])

BEKKER[2]) genügt es, dass die Willenstheorie nach seiner Ansicht auf naturrechtlichen Anschauungen beruht, um dieselbe zu verwerfen; immerhin erscheint ihm auch die konsequente Durchführung der Erklärungstheorie etwas hart und dem Rechtgefühl widersprechend; daher suchen wir nach einem Mittelweg, der aber bis jetzt noch nicht gefunden, so dass wir auf die bona fides verweisen müssen. Die Formulierung der Auffassung ist höchstens von Bedeutung für die Beweisfrage; in dieser Beziehung ist aber die Fassung vorzuziehen: Erklärungstheorie mit Ausnahmen, d. h. der Beweis abgegebener Erklärung ist an sich ausreichend zur Verurteilung; dagegen ist der Beweis des Nichtgewollthabens zulässig, wenn, und wirksam, soweit wie dies unter Erwägung aller Umstände ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit und Verletzung des Brauchs anständiger Leute geschehen kann.[3])

Nach HARTMANN[4]) ist mit dem blossen Parteiwillen nicht auszukommen; es muss vielmehr der Massstab der Ethik an den gesamten Thatbestand der Erklärung, sowohl der ausdrücklichen als der stillschweigenden angelegt werden.[5]) Der innere Grund

[1]) ibid. S. 339. [2]) System des heutigen Pandektenrechts, II. Bd. 1889. [3]) ibid. S. 62 u. 63. [4]) Werk und Wille beim sog. stillschweigenden Consens, im Arch. f. civilist. Prax. LXXI, S. 164—255. [5]) ibid. S. 193.

und das letzte Prinzip der rechtlich bindenden Kraft der Erklärung ist nach römischem Recht die bona fides; diese hat nicht bloss innerhalb der Vertragsverhältnisse zu herrschen, sondern auch in der Phase des Kontrahierens selber. Wo es sich um die Konsensfrage handelt, da ist für das negative Vertragsinteresse in den römischen Quellen nicht der geringste Anhaltspunkt. Dasselbe widerspricht auch durchaus dem gesunden Sinn der klassischen Jurisprudenz für die Praktikabilität des Rechts. Man mag diese Auffassung Vertrauenstheorie nennen oder auch von einer rechtlichen Anerkennung des Garantieprinzips sprechen; aus dem blossen Gedanken der Garantie lässt sich allerdings über deren Umfang und Tragweite nichts herleiten. Aber wenn das Recht einmal ein befugtes Vertrauen gewährleistet, so ist es doch zunächstliegend, dass es diese Gewährleistung auch ganz und voll eintreten lässt, d. h. in den Augen der Rechtsordnung ist ein Konsens wirklich zu stande gekommen. Die Willenstheorie steht in dreifacher Beziehung auf schwächerem Boden als die Vertrauenstheorie; rechtsgeschichtlich, rechtsphilosophisch und legislativ politisch.[1]) Es mag die gegen den Willen eintretende Rechtsfolge vom Betreffenden wie eine Strafe empfunden werden; aber der erste Zweck geht in der That nicht auf Strafe; denn die rechtliche Konklusion der Einwilligung geht auch gegen die Erben.[2])

KOHLER[3]) wendet sich als Vorkämpfer gegen die Willenstheorie auch gegen das negative Vertragsinteresse;[4]) denn mit demselben sind die Parteien dem Prozesse verfallen, weil oft sehr schwierig festzustellen ist und dies hauptsächlich von den Parteien, wie die Lage von der betreffenden Partei sich gestaltet haben würde, wenn sie auf die Wirklichkeit des Vertrages nicht gebaut hätte. Daher ist es wichtiger, in den Fällen eines erheblichen

[1]) ibid. S. 213 u. ff. u. S. 222. [2]) ibid. S. 253. [3]) Über den Willen im Privatrecht, im Jahr. der Dogm. XXVIII, S. 166 u. ff. [4]) so auch derselbe Verfasser in der krit. V. J. Sch. XXI, S. 494.

Verschuldens den Vertrag bestehen zu lassen, wogegen man vielleicht in Notfällen das Moderamen einführen könnte, dass bei sehr erheblichem Missverhältnis zwischen dem Schaden des Irrenden (falls er an den Vertrag gebunden wäre) und dem Schaden des andern Teils (wenn der Vertrag rückgängig gemacht würde) der Irrende ratione aequitatis das Recht erhielte, gegen volle Entschädigung den Vertrag rückgängig zu machen. Auch wenn kein erhebliches Verschulden eines Teils vorliegt, ist eine Entschädigungspflicht zuzulassen, sofern man ein erhebliches Interesse des andern Teils voraussetzt und dieser andere Teil selbst ohne alles Verschulden war. Unter dieser Voraussetzung ist aber nicht nur im Fall der culpa, sondern stets dann eine Entschädigungspflicht zu statuieren, wenn der andere Teil durch ein verkehrswidriges Verhalten zu einer Verwechslung Anlass gegeben hat. Kleiner Schaden wird durch den Verkehr selbst geheilt, und es wäre unangemessen, wegen jeder Kleinigkeit den ganzen Entschädigungsapparat in Thätigkeit zu setzen. [1])

Als Freunde des negativen Vertragsinteresses erscheinen im fernern THÖL,[2]) GOLDSCHMIDT,[3]) BECHMANN,[4]) sämtliche drei in letzter Linie auf die bona fides abstellend, ENNECCERUS[5]) und UNGER,[6]) während DERNBURG[7]) und SCHOTT[8]) sich dagegen aussprechen.

Für dasselbe begeistert zeigt sich, um auf schweizerische Juristen überzugehen, ebenfalls nicht sonderlich MARCUSEN.[9]) Nach ihm ergiebt sich die herrschende Irrtumslehre nicht aus den Bedürfnissen des Verkehrs, sondern aus den spekulativen Betrachtungen ihrer Urheber, vor allem Savigny's.[10]) Gemäss den

---

[1]) a. a. O. S. 226—230. [2]) Handelsrecht, 6. Aufl. I § 57 Note 3 b 15. [3]) Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht XIII. S. 335. [4]) Kauf II. S. 434. [5]) Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 501 u. ff. [6]) Grünhuts Zeitschr. XV. S. 678 u. ff. [7]) Pandekten II § 10 Note 8. [8]) der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1873, S. 95 u. ff. [9]) Zeitschr. des bern. Juristenvereins XXVI. 1890. [10]) a. a. O. S. 149.

Quellen und der bona fides soll Nichtigkeit des Geschäftes wegen Irrtum nur dann eintreten, wenn der error des einen Kontrahenten dem andern erkennbar war. Er ist bestrebt, den „Schadensersatz" des S. O.-R. als Erfüllungsinteresse zu deuten,[1]) um so lieber, als das negative Interesse sich schwer liquidieren lasse.

Auch nach SCHULIN[2]) ist eine Berufung auf Discrepanz zwischen Wollen und Handeln immer nur dann zulässig, wenn diese Discrepanz für denjenigen, dem gegenüber sie geltend gemacht werden sollte, erkennbar war. Wenn dies die Quellen auch nicht ausdrücklich sagen, so ergiebt sich dies doch aus ihrer Hochhaltung der bona fides im Verkehrsrecht[3]) und deshalb kann das römische Recht auch von einer Verpflichtung des vom Irrtum Zurücktretenden zum schwer zu liquidierenden Schaden absehen.[4]) Der entgegengesetzte Grundsatz führt, selbst mit Hinzunahme der culpa in contrahendo, zu höchst unpraktischen Resultaten.[5])

---

[1]) a. a. O. S. 167. [2]) Zeitschr. f. d. schweiz. Recht, N. F. IX. 1890. [3]) a. a O. S. 78. [4]) a. a. S. 101. [5]) a. a. O. S. 80.

So zeigt uns denn die Gegenwart wenige Freunde des negativen Vertragsinteresses mehr und es könnte demnach gewagt erscheinen, für dasselbe heute noch einzustehen. Wenn wir es trotzdem thun, so geschieht es, weil uns die Argumente der Gegner nicht überzeugt haben, weil die Theorie das Gegenteil verlangt, ohne dadurch mit einer vernünftigen Praxis in Widerspruch zu geraten. Dabei haben wir den Trost, die meisten geltenden Gesetzgebungen [1]) auf unserer Seite zu sehen, von welchen man doch vermuten darf, dass sie den Bedürfnissen des weitverzweigten Verkehrs unseres Jahrhunderts entgegenkommen und nicht bloss etwa ein Padektenlehrbuch artikelweise darstellen wollen.

---

[1]) Von einer Darstellung der geschichtlichen Entwickelung unserer Frage in den Gesetzgebungen sehen wir ab; da die Entstehung der letztern, soweit sie noch Geltung besitzen, verschiedenen Perioden unseres Jahrhunderts angehört, so gestattet die im dogmatischen Teil notwendige Erwähnung der einschlagenden Gesetzesstellen zugleich einen Einblick in den diesbezüglichen historischen Prozess.

III. Dogmatik.

A. Allgemeiner Teil.

1. *Begriff und Umfang des negativen Vertragsinteresses.*

Worin unterscheidet sich das Erfüllungsinteresse vom negativen Vertragsinteresse? Die Beantwortung dieser Frage gestattet nicht bloss einen Einblick in den grundsätzlichen Unterschied beider Begriffe, sondern enthält zugleich eine Erläuterung des Wesens und Umfanges des negativen Vertragsinteresses selbst.

Als gemeinsames Element beider erscheint uns zunächst das *Interesse*[1]), das id quod interest der Quellen, d. h. der Betrag, um welchen das Vermögen des Ersatzberechtigten grösser sein würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Als solches steht es, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch vorzugsweise im Gegensatz zum verum rei pretium; dieses nimmt nur Rücksicht auf den absoluten Wert des Gegenstandes; jenes ist seiner Natur nach immer personell, d. h. es werden die individuellen Verhältnisse der Person, welche durch das in Frage stehende Ereignis getroffen werden, soweit in Betracht gezogen, als sie für das Privatrecht überhaupt Geltung beanspruchen können.

---

[1]) Vergl. Mommsen, zur Lehre vom Interesse in den Beiträgen zum Obligat.-Recht II. 1855; Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse nach dem römischen Recht mit Rücksicht auf die neuen Gesetzgebungen 1865. Voigt, jus. naturale III. 417—493 (1875); Gimmerthal, die Lehre vom Interesse, in ihren Grundzügen rekonstruiert (1876).

Will das Interesse Interesse sein, so muss es sowohl den entstandenen positiven Schaden (damnum emergens) als den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) umfassen; ansonst liesse sich ja nicht sagen, dass die Vermögensfolgen des schädigenden Ereignisses durch Leistung des Interesses ausgeglichen würden. Dabei ist nicht erforderlich, dass der entgangene Gewinn die unmittelbare und notwendige Folge der betreffenden Thatsache gewesen sei,[1]) so also beim negativen Vertragsinteresse nicht, dass der beschädigte Kontrahent notwendig einen andern Vertrag abgeschlossen hätte; auch für denjenigen Nachteil muss Ersatz geleistet werden, welcher durch andere Thatsachen vermittelt worden ist, wenn gleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können.

Hieraus folgt, dass das negative Vertragsinteresse nicht bloss die sog. Impensen umfasst, da sich diese lediglich als damnum emergens qualifizieren, und dass demnach auch eine Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und negativem Interesse nicht auf den Umstand zurückgeführt werden kann, dass jenes sowohl das lucrum cessans wie das damnum emergens, dieses aber nur letzteres in sich begreift; vielmehr stehen in dieser Beziehung beide einander vollkommen gleich. Wenn der Umfang beider demnach prinzipiell nicht der nämliche ist, so beruht dies auf einer Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Thatsache.

Zwar hängt sowohl das Erfüllungs- wie das negative Vertragsinteresse mit einem Vertrag im weitern Sinne des Wortes zusammen; darauf deutet schon der Name des letztern[2]) hin und auch das Erfüllungsinteresse hat Existenzberechtigung nur inner-

---

[1]) Scherer, Bürgerliches Gesetzbuch II. S. 18; Urteil des Reichsgerichtes vom 15. IV. 86; Beiträge zur Erläut. des deutschen Rechts 30. Bd. S. 958; Jurist. Wochenschr. XV. Bd. S. 193 No. 8; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1897, I. S. 315. [2]) Begrifflich schon bei Savigny (System III § 138 d) u. Mommsen; (Unmöglichkeit der Leistung) der Ausdruck selbst rührt von Ihering (S. 16) her.

halb Vertragsverhältnissen. Es lässt sich dies als zweites gemeinsames Merkmal bezeichnen; es ist aber auch nur die Anlehnung an einen Vertrag im weitern Sinn des Wortes, unter welchem sowohl der ungültige als der gültige Vertrag verstanden wird. Mit ersterem haben wir es beim negativen Vertragsinteresse zu thun, was auch der Name negativ besagen will; es ist das Interesse, welches der getäuschte Kontrahent davon hat, dass ein Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Sein damnum emergens besteht in den Impensen, welche die Partei in der Meinung, es bestehe ein Vertrag, gemacht hat, das lucrum cessans in all' den Vermögensvorteilen, welche der Kontrahent beim Ausbleiben eines ungültigen Vertragsabschlusses erlangt, unter anderem auch in demjenigen Gewinn, den er aus dem Abschluss eines andern gültigen Vertrages, soweit dieser nach menschlich sicherer Voraussicht eingetreten wäre, gezogen hätte. Nur kann dieser ev. gültige Vertrag nicht identisch sein mit dem vorausgesetzten ungültigen Vertrag; sonst würde ja der Unterschied zwischen Erfüllungs- und negativem Interesse aufgehoben; es bestünde kein Grund mehr, das eine als das Erfüllungsinteresse, das andere als das negative zu bezeichnen, wenn beide grundsätzlich immer denselben Umfang besässen und das von der Wissenschaft als negativ bezeichnete den Kontrahenten in dieselbe Lage versetzte, wie wenn der Vertrag erfüllt würde; der Unterschied bestünde alsdann nur darin, dass wir auf der einen Seite einen gültigen Vertrag mit dem Anspruch auf Erfüllung, bez. auf das Erfüllungsinteresse, auf der andern Seite einen ungültigen mit dem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse hätten. Übrigens beweist ja gerade die Thatsache, dass ein gültiger Vertrag nicht zu Stande gekommen, dass die Verhältnisse den Abschluss des betreffenden gültigen Vertrages nicht herbeiführten, es somit an der Voraussetzung für das Erfüllungsinteresse fehlte. An sich aber hat niemand das Recht auf den Abschluss eines Vertrages; er besitzt höchstens das Recht, im Abschluss von

Verträgen nicht durch fremde Einflüsse gestört zu werden. Wir müssen den Abschluss eines ungültigen Vertrages mit jedem andern ausservertraglichen Thatbestand auf dieselbe Stufe stellen.

Aus dem Gesagten erhellt auch, dass unter Umständen das negative Vertragsinteresse grösser sein kann als das Erfüllungsinteresse, nämlich dann z. B., wenn der ungültig abgeschlossene Vertrag durch seine Erfüllung dem Ersatzberechtigten weniger Vermögensvorteile bieten würde als der, bez. die Verträge, deren Abschluss durch jenen ungültigen Vertrag verhindert wurde. Ob in diesem Fall dennoch das negative Vertragsinteresse in vollem Umfange eingeklagt werden kann, wird später untersucht werden; gewiss ist, dass praktische Bedenken uns nicht das Recht geben, jene Konsequenz abzuweisen und dem negativen Vertragsinteresse etwas zu versagen, was ihm begrifflich zukommt.

Im wesentlichen gleich ist zu argumentieren bezüglich des S. O.-R. Zwar kennt dieses nominell die Unterscheidung zwischen damnum emergens und lucrum cessans nicht; es bedient sich lediglich des Ausdruckes „Schadenersatz" und wendet diesen im allgemeinen sowohl auf das Erfüllungs- als das negative Vertragsinteresse an. Aber jene Unterscheidung beruht auf der Natur der Sache und ist auch nicht ausgeschlossen durch Art. 51,[1]) der sich mit der Art und Grösse des Schadenersatzes befasst. Es gilt letztere Bestimmung allerdings zunächst nur für unerlaubte Handlungen; in unserer Materie aber haben wir es und zwar auch bezüglich des S. O.-R. nicht ausschliesslich mit solchen zu thun. Indes dürfte sich der Richter auch bei Beurteilung von andern ausservertraglichen Thatbeständen von Art. 51 leiten lassen, man wollte

---

[1]) Art und Grösse des Schadenersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt, in Würdigung sowohl der Umstände als der Grösse der Verschuldung. — Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermässigen oder gänzlich von derselben entbinden.

denn geltend machen, dass Art. 116 Alinea 3 [1]) für vertragliche Verhältnisse den Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens vom Vorhandensein schweren Verschuldens abhängig macht und dass dies a majori für ausservertragliche Verhältnisse gelten müsse. Allein erstlich ist letztere Schlussforderung nicht ohne weiteres als berechtigt anzuerkennen, und sodann ist der Gegensatz zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden nicht identisch mit dem zwischen lucrum cessans und damnum emergens.

Mit der oben gegebenen Definition des gemeinrechtlichen „Interesses" scheint die Erläuterung des B. G. B. in § 249 Satz 1 [2]) übereinzustimmen. [3]) In Wahrheit ist aber unter dem hier gewählten Ausdruck „Schadenersatz" auch die Naturalwiederherstellung inbegriffen, [4]) was sich vom gemeinrechtlichen id quod interest nicht behaupten lässt. [5]) Das B. G. B. setzt sich damit offenbar in Widerspruch mit Sprachgebrauch und Sprachgefühl; [6]) prak-

---

[1]) Der ersatzpflichtige Schuldner hat jedenfalls den Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorgesehen werden konnte. . . . . Ob bei schwerem Verschulden in einem weitern Umfange Schadenersatz zu leisten sei, bleibt dem richterlichen Ermessen vorbehalten. [2]) Wer zum Schadenersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. [3]) s. Planc, bürgerliches Gesetzbuch 1897, II. Bd. S. 17; Endemann, Einführung ins Studium des B. G. B. 1898, I. Bd. S. 558, der die beiden Momente des positiven Vermögensverlustes und des entgangenen Gewinnes gerade in dem Ausdruck „Interesse" zusammenfasst. Ähnlich Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I. Bd. S. 316. [4]) s. Planc, l. c. I. Bd. S. 227 Ziff. 2. Ähnlich Sächsisches Gesetzbuch § 687, Dresdener Entwurf Art. 222. [5]) Degenkolb, der spez. Inhalt des Schadenersatzes in „Zum Entwurf eines deutschen B. G. B. IV. Bd. 1. Heft S. 3 u. ff. ad. § 219 des Entwurfes I, welcher inhaltlich mit § 249 des B. G. B. übereinstimmt. [6]) Das S. O.-R. vermeidet zum Teil diesen Widerspruch, indem es für vertragliche Verhältnisse zwischen Erfüllung u. Schadenersatz in Art. 110 u. ff. unterscheidet u. nur bezügl. unerlaubter Handlungen ausschliesslich von Schadenersatz spricht, letzteres wohl aus dem Grunde, weil bei einer unerlaubten Handlung von einer Pflicht zur Erfüllung nicht gesprochen werden kann, womit indes eine Naturalwiederherstellung noch nicht ausgeschlossen ist.

tische Schwierigkeiten indes werden hieraus speziell auch für den Fall der Nichtigkeit eines Vertrages nicht entstehen; in der Regel wird man es mit einem Ersatz in Geld zu thun haben; soweit eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in natura möglich ist, ist der Schadenersatzpflichtige hiezu berechtigt, und wenn nicht unverhältnismässige Aufwendungen erforderlich,[1]) auch verpflichtet.

Die Normen des § 249 u. ff. gelten sowohl für vertragliche wie ausservertragliche Verhältnisse,[2]) wenn auch für besondere Fälle der Schadenersatz, sei es hinsichtlich seines Umfanges,[3]) sei es hinsichtlich seiner Art,[4]) näher präzisiert wird; sie beanspruchen mithin auch Geltung für das negative Vertragsinteresse. Die besondern Umschreibungen des letztern in § 122, § 179 Alinea 2 und § 307 Alinea 1 wiederholen nur, was in § 249 u. ff. allgemein gesagt ist; sie wollen nur Front machen gegen die vielfach für das gemeine Recht vertretene Anschauung, dass, wenn auch nicht Erfüllung, doch das Erfüllungsinteresse verlangt werden könne.

Auch das negative Vertragsinteresse des B. G. B. beschränkt sich mithin nicht auf das damnum emergens,[5]) nicht auf den unmittelbaren Schaden; denn das B. G. B. weiss von einer Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ohnehin nichts.[6]) Der entgangene Gewinn ist zum Überfluss in § 252[7]) ausdrücklich erwähnt.[8]) Allerdings enthält diese Gesetzesbestimmung hinsichtlich des zu ersetzenden lucrum cessans

---

[1]) § 251 Alinea 2 B. G. B. [2]) Endemann, l. c. S. 556. [3]) § 122 Alinea 1; § 179 Alinea 2; § 307 Alinea 1; § 847; § 1298. [4]) § 557, 597, 843—845; § 912 Alinea 2; § 917 Alinea 2. [5]) Planc, l. c. S. 22. [6]) Planc, l. c. S. 17; Scherer, l. c. S. 23. [7]) Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. [8]) Seuffert bemerkt in „Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches" II. Teil S. 11 zu § 218, (dem heutigen § 252), es bezwecke dieser Paragraph, der Bestimmung des preussischen Landrechtes, welche je nach dem Grad des Verschuldens den Umfang der Schadenersatzpflicht verschiedenartig umgrenzt, entgegenzutreten.

eine Beschränkung, indem nur derjenige Gewinn in Betracht fällt, welcher mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte nach den besondern Umständen des Falls, wobei auch die individuellen Verhältnisse der Person in Betracht gezogen werden müssen und wobei das Eine zu beachten ist, dass der Richter jedenfalls nur den entgangenen Gewinn berücksichtigen darf, der im Zeitpunkt des Urteils bereits als solcher sich darstellt oder für die Zukunft noch mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, nicht aber den Gewinn, der zwar zur Zeit der Handlung mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, hinsichtlich dessen aber zur Zeit des Urteils gewiss ist, dass er nicht eintreten wird.[1]) Für das damnum emergens gilt das Erfordernis der Voraussehbarkeit nicht.[2])

Inwieweit der Schadenersatz eine Reduktion erleidet, wenn die Voraussetzungen des § 254 B. G. B. gegeben sind, d. h. ein Verschulden des Verletzten vorliegt, ist für unsere Frage irrelevant. Denn sämtliche Bestimmungen über das negative Vertragsinteresse lauten dahin, dass die Schadenersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, mithin wenigstens ein Verschulden auf seiner Seite vorliegt.[3]) Es ist demnach die allgemeine Vorschrift des § 254 für den Fall des negativen Vertragsinteresses in dem Sinn modifiziert, dass der Richter nicht nach Ermessen ganz von der Ersatzpflicht befreien oder nur reduzieren kann, sondern er muss ganz freisprechen. Es ist dies nichts als billig, sofern kein Verschulden auf Seite des Gegners des Beschädigten vorliegt; — in den Fällen des § 122 und 179 braucht ja kein Verschulden vorzuliegen — denn das Verursach-

---

[1]) Planc, l. c. S. 22; S. 23 behauptet dieser Verfasser, die Erwartung des Gewinnes beziehe sich nur auf die Art desselben, und nicht auf dessen Höhe; der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen eine solche Unterscheidung ebensosehr wie die Konsequenz. S. ferner Scherer, l. c. S. 23. [2]) Scherer, l. c. S. 23; Cosack, l. c. S. 316. [3]) § 122 Alinea 2, § 179 Alinea 3, § 307 Alinea 1 B. G. B.

ungsprinzip muss selbstverständlich dem Schuldprinzip weichen; nur soweit keine Schuld weder hüben noch drüben vorliegt, soll jenes Platz greifen. Aber warum in § 307 vom Grundsatz des § 254 abweichen? Und wie vollends, wenn bei § 122 und 179 in concreto ein Verschulden des Erklärenden, bez. Stellvertreters vorliegt?[1]) Sollen wir der Bestimmung für den näher liegenden Fall des § 307 folgen oder den Richter auf die allgemeine Norm des § 254 hinweisen? Der Umstand, dass der Gesetzgeber in § 122 und 179 eine strengere Haftung statuiert, lässt vermuten, dass er bei Vorhandensein einer Schuld auf Seite des Erklärenden, bez. Stellvertreters diese nicht schlechterdings vollständig durch die Schuld des Beschädigten kompensiert, sondern für diesen Fall den § 254 als massgebend betrachtet wissen will. Anderseits verneint er aber in § 122 und 179 die Ersatzpflicht bei irgend welchem Verschulden des Geschädigten so kategorisch, dass zweifellos diese Bestimmung und nicht diejenige von § 254 auch dann Platz greift, wenn auf Seite des Anfechtenden ein Verschulden vorliegt,[2]) so wenig dies sonst dem Geiste

---

[1]) Es lässt sich nicht wohl behaupten, dass, sobald ein Verschulden des Beschädigten vorliegt, die Ursache des Schadens im Beschädigten allein zu suchen sei und somit die Schuld des Gegners ausser Betracht falle, indem eben die beiden Momente der Schuld und der Verursachung auseinanderzuhalten sind. Es kann dies zutreffen, muss aber nicht, weshalb eben richtiger das Ermessen des § 254 Platz greifen sollte. Vergl. Planc l. c. S. 25; Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entw. S. 300; Scherer l. c. S. 17, 30; Motive II S. 24. [2]) Dafür spricht auch die Fassung des I. Entwurfes, der bei Nichtigkeit wegen Willensmangel (§ 97, 99 u. 101) die beidseitigen Verschulden vollständig kompensiert, selbst dann, wenn der groben Fahrlässigkeit des Erklärenden nur ein leichtes Verschulden des Erklärungsempfängers gegenübersteht, obwohl der § 222 des Entwurfes mit 254 des Gesetzes inhaltlich übereinstimmt. Anders hinsichtlich mangelnder Vollmacht gemäss § 125, nach welcher die Haftung des Stellvertreters und zwar nicht bloss auf das negative Interesse, sondern alternativ auf Erfüllung, nur dann wegfällt, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht wirklich gekannt hat. Die Motive (I. S. 244) begründen diese Bestimmung damit: „Wenn die Haftung nicht auf eine dem Vertreter zur Last fallenden Schuld, sondern, wie geschehen, gewissermassen auf ein stillschweigendes Garantieversprechen gestellt wird, so kann dem Dritten eine be-

des ganzen Gesetzbuches, das nun einmal auf dem Verschuldungsprinzip basiert, entspricht.[1])

Dass das negative Vertragsinteresse begrifflich das positive oder Erfüllungsinteresse übersteigen kann, anerkennt das B. G. B. indirekt dadurch, dass es in allen einzelnen Fällen ausdrücklich bestimmt, es könne nie mehr als der Betrag des Interesses verlangt werden, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.

2. *Existenz des negativen Vertragsinteresses in den gemeinrechtlichen Quellen und in den modernen Gesetzgebungen.*

a) In den gemeinrechtlichen Quellen.

Wie verhalten sich nun die Quellen zu unserm Begriff? Der Umstand, dass die Litteratur bis in die neueste Zeit nichts oder sehr wenig vom negativen Vertragsinteresse gesprochen, legt die Vermutung nahe, dass die Quellen ebenfalls hierüber schweigen. In der That behaupten auch einige Schriftsteller bis in die Gegenwart, dass die Quellen von einem solchen Anspruch nichts wissen. Und doch könnten wir vom römischen Recht zuerst verlangen, dass es bei seiner feinen systematischen Durchbildung, wenn auch nicht das negative Vertragsinteresse verteidige, so doch nicht stillschweigend darüber hinweggehe. Untersuchen wir daher, ob die Behauptung jener Autoren wirklich auf Wahrheit beruhe.

---

sondere Verpflichtung, über das Vorhandensein der Vertretungsmacht Erkundigungen einzuziehen, nicht angesonnen werden." Die Richtigkeit dieser Motivierung lässt sich doch füglich für den Fall bezweifeln, dass der Vertreter selbst vom Mangel der Vollmacht keine Kenntnis hatte.

[1]) s. Scherer l. c. S. 332, 1 1: „Darauf, ob das Verschulden des Gläubigers oder das des Schuldners grösser war, kommt es nicht an."

Wir haben oben als Voraussetzung des in Betracht kommenden Anspruches die Ungültigkeit des Vertrages aufgestellt. Selbstverständlich ist hier Ungültigkeit im weitern Sinne des Wortes zu nehmen, wornach sie sowohl die Anfechtbarkeit als die Nichtigkeit umfasst. [1])

I.

Als Beispiele der letztern werden für unsere Frage aus den Quellen gewöhnlich angeführt Fr. 62 § 1 D de contrah. empt. 18, 1; § 5 J. d. empt. et vend. 3, 23; Fr. 8 § 1 D d. Relig. 11, 7; Fr. 8. u. 9 D d. her. v. act. vend. 18, 4 u. Fr. 21 § 2 D d. act. empt. e vend. 19, 1. Aber selbst bezüglich dieser wenigen Stellen sind die Juristen weit entfernt, übereinstimmender Ansicht zu sein. Wir sehen hier ab von jenen Schriftstellern,[2]) die Gültigkeit des Vertrages bloss zu dem Zwecke annehmen, eine Klage auf das negative Vertragsinteresse zu ermöglichen; [3]) aber die Zahl derjenigen ist nicht gering, die in jenen Quellenentscheidungen von einem Erfüllungsinteresse gesprochen finden.

1. Fr. 62 § 1 D d. contrah. empt. 18, 1. Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. — Die Worte „quod interfuit eius, ne deciperetur" deuten ganz klar auf das Interesse hin, welches der Käufer daran hatte, von der wahren Sachlage unterrichtet zu sein. Unter dieser Voraussetzung hätte er aber jedenfalls den Vertrag nicht abgeschlossen, weil

[1]) Wenn der Titel bloss von Schadenersatz bei nichtigen Verträgen spricht, so liegt der Grund darin, dass bei blosser Anfechtbarkeit die juristische Konstruktion des negativen Vertragsinteresses nicht schwer hält, so dass die diesbezüglichen Fälle weniger in den Kreis unserer Betrachtung fallen; hier aber, wo es sich lediglich um den Begriff und seinen Inhalt handelt, können auch sie zu Rate gezogen werden. [2]) So Köppen. [3]) Es ist dies eine Frage der Konstruktion, worüber unten; hier lautet die Alternative nicht: Gültigkeit oder Ungültigkeit, sondern negatives oder Erfüllungsinteresse.

sein eigentlicher wirtschaftlicher Zweck, die Naturalleistung, unrealisierbar und eine Substituierung durch das Erfüllungsinteresse auch nach der extremsten Auffassung beim Wissen des Käufers ausgeschlossen wäre, mit einem Wort, es ist hier vom Anspruch die Rede, den wir oben als den des negativen Vertragsinteresses bezeichnet haben. [1]) Trotz der Deutlickkeit, welche in diesen Worten, für sich betrachtet, liegt, hat man dennoch in älterer und neuerer Zeit versucht, ein Erfüllungsinteresse herauszufinden. So schon Cujacius[2]) und Donellus[3]), letzterer in Anlehnung an Fr. 13 D rat. rem hab. 46, 8,[4]) wo aber Paulus gerade durch die nähere Erörterung des in quantum mea interfuit beweist, dass diese und nicht das blosse Wort interesse massgebend ist, ähnlich wie in Fr. 62 § 1 cit. ne deciperetur.

Die Gegner des negativen Vertragsinteresses gehen im allgemeinen einen doppelten Weg; sie betrachten entweder den Kauf einer res extra commercium für schlechthin gültig analog dem Verkauf einer fremden Sache, oder sie erblicken im „decipere" eine absichtliche Täuschung der Verkäufers und wenden dementsprechend die Grundsätze der actio doli an.

Die erste Behauptung[5]) sucht ihren Stützpunkt in den

---

[1]) Anders Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXVI, S. 671: „Dass die Worte quod interfuit, ne deciperetur etc. nur das negative Vertragsinteresse bedeuten können, ist vom sprachlichen Standpunkt aus zu bestreiten"; ein Beweis ist aber nicht erbracht. — Ebenso ist Mommsen (Unmöglichkeit der Leistung, S. 124) der Ansicht, dass die Worte interfuit eius etc. vom römischen Juristen auch für das Erfüllungsinteresse gebraucht werden, in Anlehnung an Fr. 13 § 1 u. 2 D de act. empt. et vend. 19, 1; er korrigiert sich indes später selbst in Haft. d. Kontrahenten S. 164 u. 167. [2]) Observ. II. c. 5. [3]) comm. jur. civ. XII c. 20 § 16 u. 17. [4]) Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui. [5]) vertreten durch Burchardi (Wiedereinsetzung S. 327), Brandis (Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. VII. S. 182), Römer (Leistung an Zahlungsstatt S. 86), Brinz (Pand. 2. Aufl. S. II, § 246 u. krit. Ueberschau V. S. 295—296, 300—301), Arndts (Pand. § 300 Anm. 7), Bernhöft (Jahrb. d. Dogm. XIV. S. 133), Leonhard (Zeitschr. f. d. gesamt. Handelsr. XXVI. S. 293), Hartmann (Obligation, S. 165 u. 181), Bähr (Jahrb. d. Dogm. XIV. S. 399), Puntschart S. 160 u. ff.), Savigny (Obligat. II § 81), Dernburg (Pand. II § 16, Note 13).

entgegengesetzten Entscheidungen der Fr. 4—6 D d. contrah. empt. 18, 1; § 5 J. d. empt. e. vend. 3, 23; Fr. 70 D. d. contr. empt. 18, 1; Fr. 34 § 2 D eod.; Fr. 39 § 3 D de evict. 21, 2; Fr. 4 D quib. ad. lib. 40, 13. — Allein erstlich beziehen sich die vier letztern Stellen auf den Verkauf eines freien Menschen, dessen Gültigkeit [1]) als Ausnahme nur die Regel bestätigt. Gerade in Fr. 34 § 1 cit.[2]) wird der allgemeine Grundsatz ohne irgend welche Beschränkung hingestellt[3]) und in Fr. 70 eod.[4]) selbst die Ausnahme bloss als vorherrschende Meinung bezeichnet. Bei der Bedeutung des Sklavenhandels im römischen Recht und der Schwierigkeit der Erkenntnis, ob frei oder unfrei, lässt sich ein solches jus singulare leicht rechtfertigen.

Grössere Schwierigkeit bereiten Fr. 4—6 de contr. empt.[5]) indem hier der Kauf eines locus sacer, religiosus mit dem eines servus auf gleiche Stufe gestellt ist. Wenn wir uns auch mit der Auslegung von Ihering[6]) und Ude[7]), welche die emtio im Sinn einer Klage auf das negative Vertragsinteresse erklären,

---

[1]) Ihering ist unseres Wissens der einzige, der auch für unsern Fall Ungültigkeit annimmt. [2]) Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. [3]) Puntschart, S. 167 setzt in § 1, gestützt auf das scientes in § 2, Kenntnis des Käufers voraus und daher Ungültigkeit des Vertrages; allein das scientes in § 2 beweist nicht im geringsten, dass in § 1 von derselben Voraussetzung ausgegangen ist, im Gegenteil, denn es müsste die scientia doch gewiss bei der Regel und nicht erst bei einem einzelnen Anwendungsfall erwähnt werden. [4]) Liberi hominis emptionem contrahi posse *plerique* existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat; quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret; quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur. [5]) Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur, quia difficile dinosci potest liber homo a servo.

Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse; ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. [6]) S. 63 u. ff. [7]) Arch. f. civ. Prax. XLVIII, S. 270.

nicht befreunden können, so ist doch zuzugeben, dass Pomponius selber nicht sich ganz klar oder einer festen Ueberzeugung ist, ansonst hätte er nicht die Umschreibung intellegitur gewählt, das entweder gleichbedeutend ist mit videtur, oder, da es auf Naturalleistung selbstverständlich nicht gehen kann, so viel sagen will als: es wird so gehalten, als ob eine Eviction eingetreten wäre. Jenes würde einen Hinweis auf eine herrschende Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen enthalten; von einer solchen[1]) wissen aber die Quellen, vom Verkauf eines Freien abgesehen, nichts. Pomponius führt zwar in Fr. 6 cit. den jüngern Celsus an, der, nach seinen Worten zu schliessen, bei Unkenntnis des Käufers die Gültigkeit des Vertrages anerkennen soll; indes ist in diesem Fr. nicht bloss Kenntnis auf Seite des Käufers, sondern auch die meistens selbstverständliche Kenntnis des Verkäufers vorausgesetzt und beide kontrahieren in der Voraussicht, es werde das zur Zeit bestehende Hindernis wegfallen; wegen dem Ungebührlichen, wenn auch nicht gerade Unsittlichen, das in einer solchen Erwartung liegt, ist aber der Vertrag ungültig. Bei einer andern Voraussetzung müssten wir uns einen Einfaltspinsel als Käufer denken; denn das eigentliche Objekt kann er doch nicht erwerben und die Leistung des Interesses ist bei seiner Kenntnis ausgeschlossen. Celsus sagt deshalb keineswegs indirekt, dass bei Unkenntnis des Käufers der Kauf gültig, sondern bloss, dass selbst bei ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme der Parteien auf den künftigen Wegfall des Hindernisses ein rechtsgültiger Vertrag nicht angenommen werden könne.[2]) Diese Auffassung wird auch verlangt durch die Verbindung des Fr. 6 mit dem vorhergehenden vermittelst sed; denn würde in Fr. 6 nur indirekt ausgesprochen, was direkt in Fr. 4, so wäre die Ueberleitung durch sed sinnlos.

[1]) Wie sie auch Windscheid, Pand. II, S. 185 u. Bechmann, Kauf II, S. 439 annehmen. [2]) Vergl. Fr. 34 § 2 eod.

Wir haben demnach die in Fr. 4 ausgesprochene Meinung des Pomponius als Sonderabsicht zu betrachten, die in diametralem Gegensatze steht zu den klaren Entscheidungen des Paulus in Fr. 34 § 1 eod. und des Ulpian in Fr. 22—24 eod.[1]) Zwar fehlt es nicht an Stimmen, welche bei letzterer Stelle die Nichtigkeit auf die besondere Abrede der Parteien zurückzuführen suchen: so schon Richelmann[2]), Leonhard[3]): „Die Stelle spricht offenbar vom Fall, in welchem die Verkehrsfähigkeit des Objektes unter den Parteien für zweifelhaft gilt, sonst könnte die gestellte Frage gar nicht aufgeworfen werden; in einem solchen Fall darf aber natürlicher Weise der Käufer annehmen, dass der Verkäufer ihm für die Verkehrsfähigkeit der Sache nicht ohne weiteres einstehen will." Wir bestreiten die Richtigkeit der Voraussetzung nicht; aber wozu dann jene Abrede, welche das Fragm. als notwendig oder nicht nutzlos bezeichnet? Warum soll der Verkäufer im Falle mangelnder Verabredung bei teilweiser Unmöglichkeit für das Interesse einstehen, bei vollständiger nicht? — Wesentlich gleich lautet die Argumentation von Puntschart[4]), nach welchem die Stelle bloss sagt, die Kontrahenten haben bei der Verabredung der Klausel in der Regel nur den Fall vor Augen, wo möglicherweise der kleinere Teil des Kaufobjektes dem Verkehr entzogen ist, dass aber die Klausel auch dann wirksam sei, wenn das Ganze diese Qualität habe. Allein der ganze Zusammenhang beweist, dass die Notwendigkeit, das „legem supervacuam non esse" das Subjekt des „ad modica loca pertinere" ist; das ceterum dagegen giebt zu erkennen, dass im folgenden von der Klausel abgesehen wird, mithin die Nichtigkeit des Vertrages nicht auf

---

[1]) Hanc legem venditionis si quid sacri vel „religiosi" est, eius venit nihil supervacuam non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem (et quod solverit eo nomine, emptor condicere potest), in modicis autem ex empto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni majoris partis accessit. [2]) S. 14 u. 15. [3]) Zeitschr. f. d. ges. H.-R. XXVI, S. 295. [4]) S. 170.

dieser beruhen kann. Dass für den Fall bloss teilweiser Unmöglichkeit die lex venditionis nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages, also bloss auf Schadenersatz gerichtet sein soll, steht im Widerspruch mit den Worten „eius venit nihil", die doch nach Puntschart in erster Linie auf jenen Fall Bezug haben. — Wir müssen vielmehr so sagen: Da der geringere Teil in der Regel dem Schicksal des grössern folgt, so ist, wenn letzterer res privata ist, der Kauf gültig und für denjenigen Teil, welcher extra commercium, ist, da eine faktische Uebergabe unmöglich, das Interesse zu leisten; letzteres zu verhindern ist der Zweck der lex venditionis. Würde die Nichtigkeit, welche im zweiten Satz des Fr. 22 ausgesprochen ist, ihren Grund in der Verabredung haben, so müsste nach dem Wortlaut und dem Zusammenhang der Stellen die actio des Fr. 24 trotz der Klausel dem Käufer zur Verfügung stehen, so dass schliesslich doch jene lex venditionis für diesen Fall als supervacua bezeichnet werden müsste.

Wir können auch nicht mit Dernburg[1]) eine allmähliche Entwickelung des römischen Rechts annehmen; denn sonst müssten die spätern Paulus und Ulpian die Anschauung der neuern Zeit wenn auch nicht vertreten, doch erwähnen, nachdem schon der frühere Pomponius die entgegengesetzte Ansicht geäussert. Die Motivierung des Paulus in Fr. 5 darf nicht, wie der Inhalt klar erkennen lässt, auf einen andern Fall als den Kauf eines Freien bezogen werden.[2]) Es wäre möglich, dass die Ansicht der Kompilatoren auf eine Verallgemeinerung ging; ansonst hätten sie dem Ausspruch des Paulus nicht diese Stelle angewiesen; aber dass Paulus selbst so gedacht, muss bestritten werden; blosse Zweckmässigkeitsgründe, über deren Haltbarkeit hier nicht zu streiten ist, berechtigen nicht, gegen den klaren Wortlaut des Textes zu verstossen.

---

[1]) Pandekten II, § 16, Note 13. [2]) Anders Puntschart S. 165.

Von einer Bezugnahme auf die Stipulation, deren Ungültigkeit in Fr. 1 § 9 D d. oblig. et act. 44, 7; Fr. 83 § 5 D d. verb. obl. 45, 1 u. § 2 I. d. nect. stip. 3, 19 klar ausgesprochen wird, sehen wir ab, weil der formale Charakter dieses Rechtsinstitutes eine abweichende Behandlung bedingen konnte, wie die ausdrückliche Erwähnung der Ungültigkeit der Stipulation eines Freien im Gegensatz zu den auf den Kauf sich beziehenden Entscheidungen beweist. [1])

Wir sehen also [2]), dass Fr. 62 § 1 cit. in keiner Weise durch andere Stellen korrigiert, sondern vielmehr in dem von uns angenommenen Sinn erläutert wird. Man betont den Gegensatz zwischen „licet emptio non teneat" und „emptio nulla est"; dieses soll bedeuten: der Kauf ist nichtig, jenes bloss: der Hauptzweck, die Tradition der Sache ist nicht realisierbar. [3]) Allein wie kommt man denn an jenen Stellen vorbei, die, wie Fr. 22 und 34 § 1 eod. wirklich sagen: nulla est emptio, nulla est venditio? Wie kommt Modestin dazu, etwas zu betonen, was sich von selbst versteht, dass die res religiosa etc. nicht tradiert werden kann. [4])

Auf der gleichen wörtlichen Auslegung beruht das Zurückgehen auf das „ex empto". Wenn wir den bonae fidei-Charakter der actio empti berücksichtigen und die umfangreiche Verwendung desselben, selbst zur Aufhebung des Vertrages, also gleichsam gegen ihren eigentlichen Zweck gerichtet, oder neben einer Condictio (Fr. 11 § 6 D d. act. empt. vend. 19, 1), so werden wir uns auch nicht wundern, wenn dieselbe angestellt wird zur

---

[1]) Ihering beruft sich S. 64 selbst auf diese. [2]) Über § 5 Id. empt. e vend. 5, 23, zu welchem die Gegner ebenfalls die Zuflucht nehmen, siehe unten. [3]) So Burchardi, Wiedereinsetzung S. 328; Richelmann S. 135, der im übrigen bloss die Möglichkeit jener Auslegung behauptet; Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. Hand-R. XXVI, S. 294; Puntschart S. 163. [4]) Ihering macht S. 18 geltend, dass diese Auffassung für das römische Recht um so weniger haltbar sei, als der Antrag des Klägers stets auf Verurteilung in Geld, nie auf die Sache selbst laute, der praktische Unterschied also gleich null wäre; allein angesichts der Möglichkeit einer actio arbitraria ist die Triftigkeit dieses Argumentes zu bezweifeln.

Verfolgung von Ansprüchen, deren thatsächliche Grundlage wenigstens der äussere Abschluss des Vertrages ist. Diese Auffassung ist gewiss um so berechtigter, als in Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7 die für den gleichen Fall gegebene actio in factum behufs Motivierung des Übergangs auf die Erben als eine actio quasi ex empto hingestellt wird. Wäre jenes ex empto als eine auf das Erfüllungsinteresse gerichtete actio empti zu deuten, so wäre die nachfolgende Umschreibung, ut consequatur etc. unverständlich, da man doch allgemein wusste, auf was die actio empti abzielt.

Andere nehmen ihre Zuflucht zum decipere, indem sie darunter ein absichtliches Täuschen seitens des Verkäufers verstehen. Indes das deceptus esse für sich allein bedeutet bloss eine falsche Vorstellung haben, ohne dass hiezu eine Thätigkeit des Menschen oder gar eine diesbezügliche Absicht erforderlich wäre. Der Hauptfall wird allerdings der sein, wo die Täuschung von einem Menschen und zwar doloserweise ausgeht; aber auch für das Gegenteil fehlen Beispiele in den Quellen nicht, so Fr. 20 D d. aqua et aq. 39, 3; Fr. 1 § 2 u. 6 D de ed. edict. 21, 1; Fr. 46 D de bon. lib. 38, 2; Fr. 7 § 1 D d. in integr. rest. 4, 1: deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit etc.; Fr. 4 u. 44 D de min. 4, 4. So enthält auch unsere Stelle keinerlei Andeutung, worin der Irrtum seinen Grund habe, geschweige denn, dass eine absichtliche Täuschung des Verkäufers vorliege; letztere darf überhaupt nicht ohne triftigen Anhaltspunkt vorausgesetzt werden; denn im Interesse des Verkäufers, den wahren Sachverhalt hier zu verschleiern — und jeder Betrug dient gewiss einem bestimmten Zweck, einem bestimmten Interesse desjenigen, der ihn begeht — lässt sich schwer denken.[1]) Im übrigen wäre mit der Annahme eines

[1]) Selbst Mommsen, der sonst in den in Rede stehenden Fällen nur eine actio doli gestattet und deshalb vor allem versucht sein dürfte, das deceptus esse

dolus das negative Vertragsinteresse nur dann geleugnet, wenn dies mit der actio doli oder einer sie vertretenden Klage unvereinbar wäre.[1]) — Die Verteidiger des Erfüllungsinteresses machen die Erfüllungsklage bloss abhängig von der Unkenntnis des Käufers, ohne auf das innere Verhalten des Verkäufers Rücksicht zu nehmen; allein an sich wäre es doch möglich, auch den dolus des letztern als Grundlage zu verwerten, z. B. in dem Sinne, dass bei unverschuldeter Unkenntnis des Käufers ausserdem der dolus des Gegenkontrahenten erforderlich wäre, oder, wenn man im allgemeinen von der Ungültigkeit des Vertrages ausgeht, diesen doch gültig sein liesse im Falle des dolus des Verkäufers. Es wäre dies ein ähnlicher Mittelweg wie derjenige, welchen Windscheid und andere bei der Irrtumslehre einschlagen. Hier beruht allerdings die Ungültigkeit auf Thatsachen, welche ganz der Sphäre der Kontrahenten angehören, dem Irrtum, Mangel des Willens etc., dort auf der von ihnen unabhängigen Eigenschaft des Vertragsobjektes; allein es handelt sich doch auch um den Ausgleich von Irrtumsfolgen im einen wie im andern Fall und beim Erfüllungsinteresse selbst kann die Eigenschaft des ausser dem Verkehr Stehens nicht mehr in Betracht kommen.

2. Noch mehr Anfechtungen hat *Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7:* „Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet; quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat" erfahren. Eine besondere Auslegung dieser Stelle giebt Puntschart[2]), der nach in eum den Relativsatz qui intulit einschiebt und so in Anlehnung an Fr. 2 § 1 und 7 eod. die actio in factum nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen den dritten Inferenten gehen lässt. Allein für diese Interpolation spricht höchstens die Titel-

---

dementsprechend zu interpretieren, wagt es nicht, hier einen dolus anzunehmen. (Unmögl. der Leistung S. 122, allerdings etwas zweifelhafter in Haftung S. 38.) Der hier vertretenen Ansicht ist auch Eisele, S. 488.

[1]) Siehe hierüber unten S. 58. [2]) S. 167 u. ff.

überschrift;[1]) letzterem Umstand kann man aber hinreichend Rechnung tragen durch die Annahme, dass die Stelle überhaupt unrichtig in diesen Zusammenhang gebracht wurde, ohne dass wir den Satz selbst im Sinne Puntscharts ergänzen müssten. Seine Interpretation ist um so mehr zurückzuweisen, als sie von falschen juristischen Voraussetzungen ausgeht und, selbst die Richtigkeit angenommen, das nicht beweist, was sie nach Puntschart beweisen soll. Würde man auch das qui intulit einschieben, so spräche die Stelle doch immerhin nur von einer Klage desjenigen, ad quem ea res pertinet und unter letzterm wäre nur der Verkäufer zu verstehen. Durch das Begräbnis wäre die Sache zu einer res extra commercium geworden, stünde also im Moment in niemandes Eigentum, daher kann sich das pertinet, wohl richtiger pertinebat, nur auf den Verkäufer beziehen; denn er war früher Eigentümer, er wird gleichsam als solcher fortgedacht, bis ev. das Hindernis wieder gehoben ist, während auf den Käufer das Eigentum nie übergehen konnte, da ja nach dem Wortlaut das Grundstück schon im Moment des Vertragsabschlusses res religiosa war. So würden wir also bloss eine Klage des Verkäufers gegen den Inferenten erhalten, und was dann der Bedingungssatz si locus etc. zu bedeuten hätte, lässt sich schlechterdings nicht einsehen, da doch die actio in factum unabhängig von einem mit einem Dritten geschlossenen Kauf ist; und ebensowenig liesse sich die Motivierung am Schluss begreifen. In welcher rechtlicher Beziehung stünde ferner der Käufer zum Inferenten, die ihn zu einer Klage gegen den leztern berechtigte? Eine solche wäre nur möglich durch Vermittelung des Eigentums und gerade dieses fehlt.

Wir müssen allerdings gestehen, dass die jetzige Fassung der Stelle eine Unrichtigkeit vermuten lässt; aber diese ist nicht

---

[1]) Auch die Ungewöhnlichkeit des Ausdrucks der Stelle liesse sich hiefür anführen.

eine Lücke, sondern eine Interpolation, nämlich das ei; lassen wir dieses weg, so bezieht sich der Relativsatz ad quem etc. auf das in eum, d. h. der Verkäufer fungiert als Beklagter; die ausdrückliche Erwähnung des Klägers ist, weil dieser selbstverständlich, nicht notwendig; andernfalls würde der Wortlaut uns zwingen, eine Klage des Verkäufers anzunehmen.

Damit ist der Gegenstand der actio in factum allerdings noch nicht erwiesen und es hat nicht an solchen [1]) gefehlt, welche denselben unter Hinweis auf die actio quasi ex empto als das Erfüllungsinteresse bezeichnen und die Benennung actio in factum aus dem Entwickelungsverhältnis zwischen prätorischem und Civilrecht zu erklären suchen. Allein Ulpian stund doch gewiss nicht am Anfang der Entwickelung und dürfen wir auch eine solche Entwickelung annehmen, könnte sich dieselbe nicht ebenso gut auf das negative wie das Erfüllungsinteresse beziehen; ja, wir müssen sogar das erstere annehmen; denn eine Motivierung der Passivvererbung wäre bei einem gültigen Vertrag überflüssig; gerade der ausservertragliche Charakter der Klage könnte die Vermutung nahe legen, dass sie nicht gegen die Erben des Beklagten gerichtet werden könne. Bei der Abneigung des römischen Rechts gegen ausservertragliche Verpflichtungen aber war ein Kampf des Edikts gegen das Civilrecht über die Einführung unserer Klage leicht begreiflich.

Wäre Ulpian ein Anhänger der Erfüllungsinteressen, so läge die Gewährung einer actio empti utilis viel näher, da doch ein äusserer Vertragsabschluss vollständig vorlag und eine actio in factum bekanntlich da gewährt wurde, wo ein Thatbestand sich keinem der civilrechtlich bestehenden Rechtstypen anschliessen konnte. Es musste doch das Bestreben der Vorkämpfer des jus gentium sein, gerade durch den Namen anzudeuten, dass ein Thatbestand vorliege, der nach den Grundsätzen der Billigkeit

---

[1]) So Leonhard, Zeitschr. f. d. gesamt. Hand.-R. XXVI S. 294.

gleich wie ein anderer Kauf behandelt werden müsse.[1]) Nach Mommsen[2]) wäre der Grund, warum hier eine actio in factum gegeben wird, überhaupt unerklärbar. Indes lässt sich die Sache ungezwungen so erklären: Da ein rechtsgültiger Vertrag nicht vorliegt, so müsste man schon aus formellem Grunde eine actio empti utilis erwarten und weil das Civilrecht eine solche auch nach der materiell rechtlichen Seite hin nicht anerkennen wollte, so lag es dem Prätor näher, statt noch einmal ein utilis beizufügen, eine actio in factum zu gewähren. Dagegen spricht keineswegs Fr. 62 § 1 D d. contr. empt 18, 1; denn es ist nicht unwahrscheinlich, dass auch die hier gewährte Klage eine actio in factum gewesen und das ex empto nichts anderes bedeuten soll als den Thatbestand, das factum des äussern Vertragsabschlusses, an welchen die Klage anknüpft. Damit ist auch Fr. 8 und 9 D de hered. v. act. vend. 18, 4 u. Fr. 21 pr. D d. act. empt. et. vend 19, 1 leicht vereinbar, weniger § 5 Id. empt. et vend. 3, 23.[3])

Man hat nicht versäumt, auch hier einen dolus des Verkäufers als ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung hinzustellen und die damit gegebenen Konsequenzen zu ziehen.[4]) Allein der Text zwingt keineswegs zu dieser Annahme; die Gründe, welche bei Fr. 62 § 1 D de contrah. empt 18, 1 dagegen geltend gemacht werden, bewahrheiten sich auch hier. Das pro deutet in keiner Weise auf eine diesbezügliche Kenntnis des Verkäufers hin, sondern will einfach sagen, dass ein Kauf über die in Frage stehende Sache qua res privata hic et nunc, nicht

---

[1]) Für das negative Interesse sprechen sich denn auch aus Mommsen, Unmögl. d. Leist. S. 122 u. 124 u. Haft. d. Contr. S. 9 u. 37; Ude, Arch. f. civ. Praxis XLVIII S. 268; Eisele, S. 460 u. ff. Für Gültigkeit: Brandis, Zeitschr. f. Civ. u. Prax. VII, 180; Sintenis, Civilrecht II[2] § 97 Anm. 7 S. 279; Arndts, Pand. § 300 Anm. 7; Savigny O.-R. II, S. 289; Römer, Leist. an Zahlungsstatt S. 85; Brinz, Pand.[2] § 246 Anm. 2 u. 3; Bähr, Jahrb. d. Dogm. XIV, S. 397; Hesse, Archiv f. civ. Pr. VI, S. 265; Bechmann, Kauf I, S. 686. [2]) S. 38. [3]) Worüber unter 3. [4]) So Ude, Arch. f. civ. Pr. XLVIII S. 268; Eisele S. 461.

etwa mit Rücksicht auf einen etwaigen zukünftigen Wegfall des Verkehrshindernisses abgeschlossen wurde. Dagegen können wir nicht mit Ihering[1]) aus der Erwähnung einer actio in factum statt actio doli auf den Mangel eines dolus schliessen; denn diese Substitution könnte ihren Grund in der Infamie oder beschränkten Vererblichkeit der letztern Klage haben.[2])

3. Zweifelhafter dürfte für die Existenz eines negativen Vertragsinteresses sprechen *§ 5 J de empt. et vend. 3, 23.* Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest, deceptum eum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit. — Es sind unseres Wissens auch bloss zwei Schriftsteller, Ihering[3]) und Ude[4]) für die Annahme eines solchen. Anmutend ist die Erklärung, welche Mommsen[5]) giebt: „Die Institutionen gehen hier den Pandekten nicht vor, weil eine Absicht des Gesetzgebers, streitende Meinungen zu versöhnen oder zu entscheiden, sich nicht erkennen lässt. Überhaupt zeigt sich in den letzten Paragraphen dieses Titels eine grosse Nachlässigkeit.“ In der That trägt die Stelle einige Spuren gedankenloser Abfassung an sich. Sie steht schon in keinem Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des Titels; die mehrfach überflüssigen und sich widersprechenden Wiederholungen: „habebit actionem ex empto“ — „quod non habere ei liceat“ — ut consequatur etc. lassen vermuten, dass der Verfasser Verschiedenes durcheinander gemischt. Wäre es diesem darum zu thun gewesen, eine Streitfrage zu entscheiden, so hätte er jedenfalls den unbestrittenen Casus, den Kauf eines freien Menschen, an die Spitze gestellt, nicht wie es hier geschehen,

---

[1]) S. 13. [2]) Auch Mommsen, Haftung S. 37 giebt zu, dass dolus des Verkäufers in dieser Stelle nicht vorausgesetzt sei. [3]) S. 63. [4]) a. a. O. S. 270 [5]) Unmögl. d. Leistung S. 130.

ans Ende und im Anschluss daran alsdann die Gültigkeit eines Vertrages auch über eine res extra commercium behauptet. Das lässt sich freilich nicht leugnen, dass die Worte „quod non habere ei liceat" ebenso deutlich auf die Eviktion und damit auf das Erfüllungsinteresse hindeuten als das Nachfolgende für das negative Vertragsinteresse spricht.

So viel ist sicher, dass all' dieses uns nötigt, gegenüber der klaren Sprache der Digesten § 5 cit. in den Hintergrund treten zu lassen und weder für noch gegen das negative Vertragsinteresse ins Feld zu führen.

4. Auf den verwandten Fall der Nichtexistenz des Vertragsobjektes bezieht sich *Fr. 8 und 9 D d. hered. vel. act. vend. 18, 4*: quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur; si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur; Fr. 9: et si quid emptoris interest. — Schon Richelmann [1]) beruft sich, wie er sagt, mit guter Überzeugung auf diese Stelle, während er die übrigen nur schüchtern benutzt. In der That lässt die Gegenüberstellung von ipsa aestimatio und dem pretium etc. keinen Zweifel übrig, dass im erstern Fall vom Erfüllungs-, im zweiten vom negativen Interesse die Rede ist. Der Wortlaut: si quid in eam rem impensum est, könnte zur Annahme führen, der erwähnte Anspruch gehe nur auf Ersatz des damnum emergens und das mag die Kompilatoren bewogen haben, zur nähern Erläuterung den Ausspruch des Paulus beizufügen. Gewiss wäre es unbegründet, letztern zu Gunsten des Erfüllungsinteresses zu interpretieren; ansonst könnte der ipsa aestimatio eine vernünftige Bedeutung nicht mehr beigelegt werden; würde man sie als blossen Sachwert dem eigentlichen Erfüllungsinteresse, wel-

[1]) S. 135.

ches durch Fr. 9 angedeutet sein soll, gegenüberstellen, so müsste man zu dem eigentümlichen, sicher falschen Resultate gelangen, dass bei Mangel des Objektes auf mehr gehaftet wird als beim blossen Fehlen des Rechtes an demselben.

Aus dem gleichen Grunde müssen wir uns jener Ausflucht widersetzen, dass hier eben eine Berechnung des Erfüllungsinteresses nicht möglich [1]) oder dasselbe mit dem negativen zusammenfalle; [2]) denn nicht um die praktische Gestaltung, sondern um eine theoretische Regel handelt es sich hier; würden im konkreten Fall auch beide Interessen sich gleich hoch belaufen, so müssten wir doch, um juristisch zu sprechen, das eine das positive, das andere das negative nennen. Übrigens ist auch die Voraussetzung jener Schriftsteller falsch; eine Berechnung des Erfüllungsinteresses ist gewiss hier eben so gut möglich wie bei einem andern Kauf; es müssen doch die Parteien beim Vertragsabschluss eine Erbschaft von bestimmtem Umfang im Auge gehabt haben, welcher Umstand die Grundlage zu einer Berechnung bietet; ansonst hätte ja auch Javolenus mit dem ipsa aestimetur etwas Unmögliches vorausgesetzt. Es lassen sich ferner konkrete Umstände denken, welche einen Unterschied zwischen beiden Interessen ergeben.

Mit der Annahme der Gültigkeit des Vertrages steht auch im Widerspruch 1. Fr. 8 pr. D de contrah. empt. 18, 1: nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi. Es liesse sich vielleicht das intellegi in dem Sinne auslegen, dass ein solcher Vertrag in der Praxis nicht leicht denkbar sei; allein was der nachfolgende Satz von den Früchten sagt, muss auch von den andern Sachen gelten, dass nämlich eine stillschweigende Bedingung hinzugedacht oder das Ganze als emptio spei aufgefasst werden kann und insoweit ein Vertrag denkbar ist, dass im einen

---

[1]) So Bähr, Jahrb. d. Dogm. XIV S. 411. [2]) So Puntschart, S. 173 u. 174; Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. Hand.-R. XXVI, S. 295 u. 296.

Fall die Entstehung der Sache mehr auf Naturnotwendigkeit beruht, begründet doch keinen wesentlichen Unterschied. Es kann demnach das non potest intellegi nur die Bedeutung von „rechtlich unmöglich" haben. 2. Fr. 15 pr. D de contrah. empt. 18, 1: Essi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. § 1 [1]) desselben Fragm. hat nichts mit der Gültigkeitsfrage zu thun; ansonst könnte es nur die Bedeutung haben, dass bei verschuldetem Irrtum der Kaufvertrag zu Recht bestünde, der Käufer mithin auf den Kaufpreis belangt werden könnte, was doch im höchsten Grade der Billigkeit widerspräche, übrigens auch mit dem in absolutem Tone gehaltenen pr. nicht in Einklang stünde; es bleibt daher nichts übrig, als § 1 auf die Möglichkeit einer stillschweigenden Bedingung zu beziehen, wo dann allerdings die Unkenntnis, bez. Verschulden derselben zur Geltung käme; oder noch eher auf die Entschädigungsfrage, das negative Interesse, wie dies auch Mommsen [2]) und Drexler [3]) annehmen. — 3. Fr. 1 [4]) und 7 D de [5]) hered. v. action. vend. 18, 4, anscheinend nicht Fr. 21 pr. D de act. empt. vend. 19, 1: Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit vel major annis quinquaginta, eum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditur. [6]) Allein, wie bereits gesehen, lässt sich aus dem blossen ex empto nicht argumentieren. [7]) 4. Noch deutlicher ist die Nichtigkeit ausgesprochen in Fr. 57 D de contrah. empt. 18, 1 bei vollständiger Unmöglichkeit und zwar für alle vier möglichen Fälle des subjektiven Verhaltens der

[1]) Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. [2]) Unmögl. d. Leistung S. 136. [3]) S. 63. [4]) Si hereditas venierit eius, qui vivus aut nullus sit, nihil esse acti quia in rerum natura non sit quod venierit. [5]) Cum hereditatem alicuis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio; nec enim alea unitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur. [6]) Die Gültigkeit behaupten Puntschart S. 174 und Brinz, Pand. II § 246, Anm. 16. [7]) Ihering sagt sogar ganz kategorisch: Dass dieser Vertrag nichtig ist, versteht sich von selbst (S 67). Als nichtig betrachten ihn auch Mommsen, Unmögl. der Leistung S. 133 u. Eisele, S. 460.

Kontrahenten. Unkenntnis auf beiden Seiten (pr. nihil venit), bloss Unkenntnis auf Seite des Käufers (§ 1: nullam venditionem stare), bloss Unkenntnis auf Seite des Verkäufers (§ 2, auf den ersten Blick scheint hier allgemein Gültigkeit behauptet zu sein, venditionem stare; indes stünde dies im Widerspruch mit den Anfangsworten des Paragraphen: simili quoque modo ex diverso tractari oportet; der zweite Satz bezieht sich bloss auf die teilweise Unmöglichkeit. Die gegenteilige Annahme hätte auch eine durch nichts gerechtfertigte ungleiche Behandlung der beiden Kontrahenten zur Folge) und endlich Kenntnis auf beiden Seiten. (§ 3: nihil actum fuisse.) Nun ist allerdings hier von einem negativen Vertragsinteresse nicht die Rede;[1]) das pr. spricht bloss von der Condiction des Kaufpreises; § 1 und 2 geben gar keinen Aufschluss; der dolus des § 3 bezieht sich nur auf die Gültigkeit des Vertrages, nicht auf den Entschädigungsanspruch. Da Paulus die Folgen jedes einzelnen Falls genau erörtert, so könnte dieses Schweigen die Vermutung begründen, dass eine Klage auf das negative Vertragsinteresse ausgeschlossen sei. Allein es ist doch denkbar, dass es dem Paulus nur darum zu thun war, die wichtigste Folge, die Zurückforderung des bezahlten Preises, auf die zudem das negative Interesse in vielen Fällen beschränkt sein wird, als rechtlich begründet hinzustellen. Sicher ist in § 1 eine actio doli gegen den Verkäufer begründet und doch wird dieselbe auch nicht erwähnt.

Bieten uns vielleicht die Fälle bloss teilweiser Unmöglichkeit noch mehr Anhaltspunkte? Es gilt hier vor allem, den wahren Grund der Ungültigkeit bei Unmöglichkeit der Leistung vor Augen zu halten, es ist das Fehlen eines Objektes. Andere Elemente, wie Irrtum, Betrug, können wohl modifizierend auf die eine oder andere rechtliche Folge einwirken, aber niemals die

[1]) Wir benutzen deshalb diese Stelle auch lediglich zum Beweis der Nichtigkeit des Vertrages und des Ausschlusses des Erfüllungsinteresses in Fr. 8 u. 9 cit.

Ungültigkeit heben; in dieser Richtung ist sehr bezeichnend Fr. 57 § 1 u. 2 cit. erster Teil, wo Unkenntnis und wir dürfen wohl sagen, unverschuldete Unkenntnis auf der einen, dolus auf der andern Seite vorausgesetzt ist und wir demnach, wenn irgendwo, so hier, vom entgegengesetzten Standpunkt aus Gültigkeit des Vertrages annehmen dürften.

Fehlt dagegen das Objekt bloss teilweise, so ist wenigstens eine sachliche Grundlage für einen gültigen Vertrag gegeben.[1]) Indes steht kein Hindernis entgegen, rücksichtlich eines vorhandenen Irrtums oder Betruges der irrenden oder betrogenen Partei das Recht der Anfechtbarkeit zu verleihen. So sagt denn auch Fr. 57 § 1 cit.: si vero quantacumque pars aedificii remanet, stat venditio, und das gleiche muss gemäss obiger Argumentation auch von § 2 eod. gelten. Damit scheint im Widerspruch zu stehen 1. die Entscheidung in pr. eod. si amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem; allein gerade die letzten Worte zeigen, dass ein nichtiger Vertrag nicht vorliegt, der Käufer ist bloss nicht verpflichtet, denselben zu realisieren, d. h. er kann ihn anfechten. Dieses Recht des Rücktrittes steht ihm aber nicht zu, wenn bloss die Hälfte des Objektes oder weniger fehlt; er kann bloss eine verhältnismässige Kürzung des Kaufpreises verlangen. Es liegt in dieser Unterscheidung eine von der Rechtsordnung aufgestellte Präsumption des Parteiwillens und des Einflusses des Irrtums, ein sicherer, aber gerade deshalb den individuellen konkreten Verhältnissen oft nicht entsprechender Masstab für die richterliche Beurteilung. Es sollen die Folgen des Irrtums zwischen beiden Kontrahenten gleich geteilt sein; diese Rücksicht muss weichen bei dolus des Gegners; hier soll nicht bloss der Dolose den Schaden allein tragen, sondern den Gegenkontrahenten in eine solche Vermögenslage versetzen, wie wenn jener Mangel nicht bestanden hätte. Es

[1]) Denselben Gedanken drückt Fr. 14 eod. bezüglich des Irrtums aus.

entspricht dies allerdings nicht mehr der rein logischen Entwickelung; es liegt vielmehr in dieser Behandlung des dolus ein Strafelement; es ist, um mit Mommsen [1]) zu sprechen, ein Reagieren der Ethik gegen den dolus. Selbstverständlich müssen wir dem betrogenen Teil auch das Recht der Anfechtung geben. 2. § 3 eod., insofern hier trotz bloss teilweiser Unmöglichkeit Ungültigkeit des Vertrages angenommen wird. Man kann sich dagegen nicht auf die Kompensation des dolus berufen; denn eine solche könnte hinreichende Berücksichtigung finden bei Berechnung des Interesses; es läge hier nichts im Wege, eine ganz ähnliche Behandlung eintreten zu lassen wie im pr. Die entgegengesetzte Quellenentscheidung beruht wohl auch auf einer Reaktion gegen den dolus. [2])

5. Mit *Fr. 21 § 2 D de action. empt. vend. 19, 1* [3]) gelangen wir auf das Gebiet der Irrtumslehre und nach Leonhard [4]) zu einer der schwierigsten Pandektenstellen. Die Bestrittenheit derselben hat denn auch Ihering veranlasst, auf ihre Benutzung zu verzichten; und doch müsste ihr Beweis von ganz besonderer Bedeutung sein; denn sie ist die einzige Stelle, welche uns für diese Kategorie von Nichtigkeitsfällen irgend welchen Anhaltspunkt für das negative Vertragsinteresse giebt, und wenn auch nur ein bescheidenes Beleg, so wäre es doch einer bloss analogen Ausdehnung der oben betrachteten Fälle vorzuziehen.

Der Streit dreht sich vor allem um das „non" bei emptionem esse. Nach Mommsen [5]) hilft weder die Lesart der Florentina: emptionem esse, noch die der andern Handschriften: emptionem

---

[1]) S. 167. [2]) Soweit es hier bei der Gültigkeit des Vertrages sein Bewenden hat, fällt die Stelle nicht in den Kreis unserer Betrachtung; sofern der Vertrag anfechtbar ist, kommt das unten S. 62 u. ff. Gesagte zur Anwendung. [3]) Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet; veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt. [4]) Irrt. bei nichtigen Verträgen S. 464. [5]) S. 33 und Beiträge I, S. 208.

non esse. Für erstere sprechen sich aus Savigny,[1]) Puntschart,[2]) Leonhard,[3]) Zitelmann,[4]) Mommsen und viele neuere; sie alle beziehen das teneri debet etc. auf das Erfüllungsinteresse: „Der Vertrag ist zwar gültig, aber dennoch ist der Verkäufer durch die in der Tradition liegende scheinbare Erfüllung nicht befreit, vielmehr muss er Entschädigung leisten, selbst wenn er nicht betrug, sondern gleichfalls irrte.“ Der Verkäufer haftet entweder auf Grund eines dictum promissum oder auf Grund der ädilicischen Bestimmungen. — Diese Auffassung und Erklärung bedingt aber eine Vergewaltigung der Sprache und der Logik. Was hat die Erfüllung des Vertrages mit seiner Gültigkeit zu thun? Letztere ist doch gewiss unabhängig von der erstern. Gerade weil und nicht trotzdem der Vertrag zu Recht bestünde, müsste der Verkäufer dem Käufer alles das leisten, was er versprochen oder die Rechtsordnung auch ohne solches Versprechen bei gültigem Vertrage zu leisten verpflichtet. Das ist ja der Zweck jedes Rechtsgeschäftes, den ihm entsprechenden wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen; wozu also das tamen oder wie überhaupt dasselbe erklärbar vom Standpunkt jener Auffassung aus. — Auch das non esse deceptum spricht keineswegs zu Gunsten jener Ansicht; denn möglicher- oder sogar wahrscheinlicherweise wäre bei Kenntnis des Käufers ein Vertrag gar nicht existent geworden, so dass, nach den Worten zu schliessen, bloss ein Anspruch auf das Interesse am Nichtzustandekommen des scheinbar gültigen Vertrages, d. h. auf das negative Vertragsinteresse zulässig wäre. Noch weniger gerechtfertigt ist es, mit Puntschart[5]) die Streichung des non aus dem blossen teneri abzuleiten; denn der Verfasser lässt keineswegs durchblicken, dass der Verkäufer ex empto hafte; hätte er dieses sagen wollen, so würde er wahrscheinlich auch diese kurze Bezeichnung gewählt haben und selbst unter

---

[1]) System III, S. 287. [2]) S. 176 u. ff. [3]) a. a. O. S. 464. [4]) Irrt. und Rechtsgesch. S. 574. [5]) S. 176.

dieser Voraussetzung könnten wir gemäss dem oben Gesagten daraus auf eine Gültigkeit des Vertrages nicht schliessen.

Ein verständlicher Sinn könnte beim Weglassen des non bloss gewonnen werden, wenn Puntscharts[1]) Emendation: emptionem esse, tamen (non tenetur emptor, sed ei) venditor teneri debet quanti interest, non esse deceptum, d. h. der Kauf ist zwar gültig, aber seitens des Käufers anfechtbar, richtig wäre. Allein es ist dies immerhin eine willkürliche Annahme und jedenfalls nicht begründet durch den Mangel eines Subjektes bei non esse deceptum; denn da es sich nur um zwei Kontrahenten oder rechtlich Interessierte handelt, so konnte das Subjekt Käufer als selbstverständlich wegbleiben, wenn auch die Hinzufügung den Sprachgesetzen besser entsprochen hätte. Das Interesse des Käufers, das übrigens bei Konstruktion eines negativen Vertragsinteresses nebst Nichtigkeit ebenso gut gewahrt würde wie durch Anfechtbarkeit, könnte auch bei unanfechtbarer Gültigkeit hinreichende Berücksichtigung finden, indem eben, wenn der Tisch aus anderer Holzart dem fraglichen Zweck weniger dient, in demselben Masse sich das zu leistende Interesse steigert; allein es handelt sich auch darum, den Verkäufer seinem Verhalten entsprechend und nicht über Gebühr haften zu lassen.

So ist denn auch eine nicht unbeträchtliche Zahl von Juristen[2]) für *non* emptionem esse eingetreten. Gestatten aber die Quellen in ihrem Zusammenhang, speciell mit ihren Erörterungen über den error qualitatis die Annahme eines non? Statuieren sie allgemein auch beim Irrtum in der Qualität Nichtigkeit des Vertrages? Gewiss suchen wir zunächst nach einem Ausspruch desselben Verfassers Paulus, ja das quamvis supra diximus zwingt uns sogar dazu; denn soviel Kompositionsgabe und Treue dürfen und müssen wir doch den Kompilatoren zutrauen, dass sie nicht

---

[1]) S. 177. [2]) Köppen im Jahrb. d. Dogm. XI. S. 283; Bernhöft im Jahrb. d. Dogm. XIV. S. 147; Wächter, Pand. II. S. 372.

willkürlich Entscheidungen des einen Juristen einem andern unterschieben. Da § 1 [1]) desselben Fragmentes von einem error in qualitate spricht, so könnte man vielleicht das nachfolgende quamvis etc. hierauf beziehen; [2]) allein das supra weist doch auf eine entferntere Stelle hin. Wir können auch nicht voraussetzen, dass die Kompilatoren etwas im ursprünglichen Text des Paulus Dazwischenliegende weggelassen; denn in diesem Fall hätten sie wahrscheinlich zur bessern Abrundung auch das supra diximus vermieden. Zudem verbietet der enge Zusammenhang, in welchem in dieser Fassung § 1 und 2 stehen, die Annahme einer grössern Lücke.

Wir müssen daher auf Fr. 10 D d. contrah. empt. 18, 1 zurückgreifen als die einzige Stelle, wo Paulus über unsere Frage spricht. Zwar gehört jene Stelle dem Kommentar zu Sabinus, nicht dem zum Edikt an; allein eine solche Verwechselung wäre bei den Kompilatoren eher entschuldbar; denn es handelt sich doch um den Gedanken eines und desselben *Verfassers*. Wenn es nun hier heisst: emptio valet, so kann uns das noch nicht befremden; denn selbstverständlich erzeugt nicht jeder Irrtum über die Qualität Nichtigkeit des Vertrages; wäre dies der Fall, so würden die ädilicischen Bestimmungen überflüssig sein. — Wir müssen zur nähern Erläuterung die verwandten Fr. 9 § 2, 11, 14, 41, § 1 u. 45 D de contrah. empt. 18, 1, sowie das Verhältnis zwischen den Begriffen materia, substantia und qualitas in Betracht ziehen. [3]) Was das letztere betrifft, so möchte man

---

[1]) Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto, quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur. [2]) So in der That Puntschart S. 176. [3]) Unrichtig ist es, den Begriff der stillschweigenden Geschäftsbedingung hier zu verwenden, wie dies Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 437 u. ff. thut; denn nicht um bedingte, sondern um absolute Verträge handelt es sich. Die Annahme einer stillschweigenden Bedingung beruht fast ausschliesslich auf einer Fiktion, und warum zu einer solchen greifen, nur um alles auf den Parteiwillen zurückführen zu können und so eine einfache, aber deshalb auch nichts sagende Formel zu gewinnen, statt auf objektive Thatsachen

wohl hinter jedem Worte auch einen besonderen Begriff suchen. Dem entsprechen aber die Quellen nicht; in Fr. 14 cit.[1]) werden materia und qualitas als gleichbedeutend hingestellt; in Fr. 9, § 2 cit. werden substantia und materia promiscue gebraucht. Leonhard[2]) meint zwar, es würde sehr unpraktisch gewesen sein, wenn die Römer einen juristisch erheblichen Thatbestand mit einem so vieldeutigen philosophischen terminus technicus bezeichnet hätten. Allein bei dem Eclecticismus, dem die Römer in der Philosophie, der doch jene termini entnommen sind, huldigten, ist eine solche Verwechslung leicht möglich und um so begreiflicher, als über die Begriffe selbst mit guten Gründen sich streiten lässt und dieselben vielfach ineinander übergehen.

In Anlehnung an die Bedeutung, welche substantia in der Niessbrauchslehre hat, können wir darunter das Bleibende, Wesentliche verstehen im Gegensatz zum Veränderlichen, was sich ohne Beeinträchtigung der Sache selbst loslösen kann; darauf würde auch der Ausdruck selbst und das griechische *οὐσία* hindeuten. Allein dem in erster Linie auf das Praktische gerichteten Sinn der Römer lag eine solche Auffassung, wenigstens in der Juris-

---

abzustellen? Die Bestimmungen des objektiven Rechts werden zwar meistens dem vermutlichen Parteiwillen entsprechen, aber nichtsdestoweniger haben wir es lediglich mit Folgen objektiver, die Beschaffenheit der Sache berücksichtigender Rechtsgrundsätze zu thun. Leonhards Annahme entrückt die Sache dem natürlichen Boden und verunmöglicht so einen weitern, dem wirklichen Sachverhältnis entsprechenden juristischen Aufbau. Sie steht auch im Widerspruch mit den Quellen, die ausschliesslich auf die Beschaffenheit der Sache Rücksicht nehmen; wäre es ihnen bloss um den Parteiwillen zu thun, so hätten sie einen Wechsel im Objekt als aurum — aes, vinum — acetum, aurum — aurum deterius nicht eintreten lassen müssen, sondern sie würden einfach die Parteiverabredungen anders gestaltet haben.

[1]) Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, eum aes esset? ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio; si autem aes pro auro veneat, non valet. [2]) a. a. O. S. 439, Anm.[2].

prudenz, fern; sie stellen vielmehr substantia dem corpus ipsum (Fr. 9 § 2 u. 11 D de contrah. empt. 18, 1) gegenüber; selbstverständlich ist unter letzterm nicht bloss ein erfüllter Raum zu verstehen; denn als solcher allein kann er Gegenstand eines Rechtsgeschäftes nicht sein; es ist vielmehr ein bestimmtes Sein, ein für sich abgeschlossenes Individuum. Dieses kann gewisse Eigenschaften haben, welche für den Verkehr von solcher Bedeutung sind, dass die Rechtsordnung bei diesbezüglichem Irrtum Nichtigkeit eintreten lässt, weil ein Mangel dieser Eigenschaften einen so grossen Unterschied bedeutet, wie die Verwechslung des einen Individuums mit dem andern. Solche Qualitäten bezeichnen die Römer mit Substanz, indem sie statt des philosophischen den Gesichtspunkt des Verkehrs hervorheben. Der Substanz gegenüber ist alsdann qualitas der allgemeinere Begriff; eine Unterart der letztern ist auch die materia, die zunächst auf das Stoffliche geht und da letzteres als Eigenschaft meistens in Betracht kommt, so findet sich auch die Gleichstellung von qualitas und materia (Fr. 14 cit.), oder weil materia oft auch wesentliche Eigenschaft im oben dargelegten Sinne ist, die Gleichstellung von materia und substantia (Fr. 9 § 2 cit.).[1])

Es ist fernerhin nicht ausgeschlossen, dass der Verfasser beim Ausdruck qualitas, zu allgemein sprechend, an das dachte, was eigentlich mit substantia hätte bezeichnet werden sollen; eine solche Verwechslung oder vielmehr zu allgemein gehaltene Bezeichnung zeigt uns nun auch Fr. 21 § 2 cit. Sicher liegt hier nicht ein error in re oder in genere vor; denn der beiderseitige Wille geht auf ein bestimmtes Individuum (einen bestimmten Tisch) und als Objekt des Vertrages erscheint nicht der Stoff, das Holz des Citrusbaumes; dagegen konnte letzteres für den Wert des

---

[1]) Selbstverständlich müssen wir hier absehen von denjenigen Fällen, wo der error in qualitate oder in materia zugleich ein error in re oder in genere ist; vergl. hierüber Leonhard, a. a. O. S. 441 u. ff.

Tisches doch von solcher Bedeutung sein, dass darin gleichsam das Wesen des Objektes vom Standpunkte des Verkehrs aus aufging und deshalb die Rechtsordnung um eines diesbezüglichen Irrtums willen Nichtigkeit des Vertrages statuiert. [1])

Mit dieser Erklärung scheint aber Fr. 10 D de contrah. empt. 18, 1 nicht zu stimmen; denn ersichtlich spricht dieses Fragment bloss von einem error qualitatis im weitern Sinne des Wortes, wie die Gegenüberstellung mit dem Schluss des Fr. 9 § 2 eod. beweist. Indes zeigt gerade auch dieses, dass Paulus mit der Ansicht Ulpians entgegen der einseitigen, zu allgemein gehaltenen Regel des Marcellus einverstanden ist, und so ist es nicht ausgeschlossen, ja wahrscheinlich, dass das supra diximus auf die Schlussworte des Fr. 9 § 2 sich bezieht. In der That handelt es sich hier wie in Fr. 21 § 2 cit. um eine Verwechslung der Stoffart, in Fr. 10 cit. aber nur um einen Irrtum in der Qualifikation eines und desselben Stoffes. [2])

Es hindert uns also das Verhältnis zu den andern Quellenstellen keineswegs, in Fr. 21 § 2 cit. dem non esse den Vorzug zu geben, und der Wortlaut des Paragraphen selbst zwingt uns dazu.

---

6. Am sichersten ist die Nichtigkeit des Vertrages verbürgt bei *Handlungsunfähigkeit eines der Kontrahenten.* Aber gerade hierin fehlen Belege aus den Quellen für das negative Vertragsinteresse. Nicht dagegen spricht Fr. 19 pr. D de reg. jur. 50, 17: Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus

[1]) Falsch wäre es, das quasi auf eine Garantieabrede zu beziehen; denn der Paragraph will vom Einfluss des Dissenses auf die Gültigkeit handeln und dabei muss natürlich von jeder solchen Abrede abstrahiert werden, weil ansonst der Vertrag gültig wäre eben auf Grund der Garantie unabhängig vom Irrtum als solchem.
[2]) Letzteres ist auch der Fall beim vinum qui modo vinum acuit in Fr. 9 § 2 eod.; im ersten Teil des Fr. 14 eod., wenn auch etwas übertrieben; weniger schroff Fr. 41 § 1 eod; sodann Fr. 45 eod. Ähnlich sind die zwei eutgegengesetzten Beispiele in Fr. 11 § 1 eod.

condicionis eius, heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit; denn diese Stelle ist offenbar zu allgemein gehalten und im Widerspruch mit der Erfahrung; sie will mehr eine Präsumption aufstellen, ohne die Möglichkeit des Gegenteils und seines Beweises auszuschliessen.[1]) Es liegt überhaupt nicht in der Macht einer Rechtsregel, zu entscheiden, was verschuldet und was unverschuldet ist; sie kann bloss erklären, dass an einen objektiven Thatbestand sich bestimmte Folgen knüpfen, möge derselbe verschuldet oder unverschuldet sein. Schon der Nachsatz enthält eine Ausnahme von der Regel und auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen auch Fr. 3 pr. u. 19 D d. S. C. Mac. 14, 6[2]) u. c. 2 C. ad. S. C. Vell. 4, 28. Letztere Fälle gestatten nicht etwa einen Schluss auf den umgekehrten Grundsatz, dass bei jedem unverschuldeten Irrtum des handlungsfähigen Kontrahenten Gültigkeit des Vertrages anzunehmen sei; denn da das S. C. bereits eine Ausnahme vom allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält, so kann unverschuldeter Irrtum genügen, um letztern wieder zur Geltung zu bringen.

Welche Schutzmittel gewähren aber die Quellen für die andern Fälle dem schuldlos getäuschten Kontrahenten? Es ist einmal die Klage auf Bereicherung und sodann die actio doli gemäss den Grundsätzen, welche in § 18 I de obl. quae ex del. 4, 1; Fr. 4 § 26 D de dol. mal. et met exc. 44, 4; Fr. 111 pr. D de reg. jur. 50, 17; Fr. 13 § 1 u. 14 D d. dol. mal. 4, 3; Fr. 23 D de furt. 47, 2; Fr. 5 § 2 D ad. leg. Aquil. 9, 2; Fr. 3 § 1 D de injur. et fam. lib. 47, 10 u. Fr. 1 § 15 D depos. 16, 3 ausgesprochen sind. Darnach ist eine diesbezügliche Klage

[1]) Ihering, S. 59, sucht den Ausweg in der Erklärung, dass die Stelle bloss den Schuldner, nicht den Gläubiger im Auge habe; allein erstlich ergiebt sich eine solche Beschränkung der Regel aus dem Texte selbst nicht, sodann wäre eine solche Besserstellung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner unbegreiflich.
[2]) Julianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset, filium familias esse eum, cui credebat.

zulässig gegen die pubertati proximi. Unter der gleichen Voraussetzung ist eine actio legis Aquiliae statthaft (Fr. 5 § 2 D ad. leg. Aquil. 9. 2). Darüber hinaus aber wird ihnen ausdrücklich eine Verpflichtung auf Grund einer blossen culpa ebenso wenig auferlegt wie den vollkommen Handlungsfähigen, oder wir müssen vielmehr sagen, es wird ihnen das betreffende Verhalten nicht als Schuld angerechnet. — Dieselbe Anschauung der Römer tritt uns auf den ersten Blick entgegen in ihrem Institut der restitutio in integrum propter minorem aetatem, indem sie unter den üblichen Voraussetzungen bloss verweigert wird bei dolus des Minderjährigen (c. 2 u. 3 C si minor se maj. 2, 42; Fr. 9 § 2 u. 5 D de min. 4, 4), ja dieselbe gerade zum Zwecke hat, diese Klasse von Menschen gegen die Folgen ihrer eigenen Nachlässigkeit, bezw. ihrer Vertreter zu schützen.

7. Wie verhält es sich, wenn die zur Gültigkeit des Vertrages erforderliche *Form* nicht beobachtet ist? Diese Frage musste im römischen Recht bei seinem Erfordernis der Stipulationsform besonderes Interesse gewinnen. Jedes Recht, bei welchem ein solch formaler Charakter vorwiegt, hält sich an das Äussere; bloss an sinnenfällige Momente knüpft es rechtliche Folgen an; von diesem Gedanken ist es beherrscht auf vertraglichem wie ausservertraglichem Gebiete; daher anfänglich die enge Beschränkung der actio legis Aquiliae. Das mochte gegen die Grundsätze der Billigkeit, gegen den klaren Willen der Parteien verstossen; aber die Rechtsordnung und die Rechtssprechung konnte doch mathematisch sichere Entscheidungen treffen.

Vom Standpunkt eines solchen Rechtes aus war es nur konsequent, dass, sobald Gültigkeit des Vertrages wegen Mangel der Form ausgeschlossen war, auch eine andere Verpflichtung, von dolus natürlich abgesehen, nicht statuiert wurde. Wir haben also auf der einen Seite die Neigung, den Kontrahenten voll haften zu lassen, sobald das äussere Moment gegeben und auf der andern Seite ihn frei von jeder Verbindlichkeit zu erklären,

wenn etwas an der Form fehlt, mag der andere noch so sehr Schaden leiden und mag auch die einzige Ursache jenes Mangels seine eigene culpa sein. Das zeigen uns auch Fr. 1 § 9 D d. oblig. et act. 44, 7; Fr. 83 § 5 D d. vert. oblig. 45, 1; Fr. 103 eod.; 35 pr. eod.; § 2 I. d. inut. stip. 3, 19, wo der beim Kauf zur Geltung gelangte und auch auf einer Ausnahme beruhende Billigkeitsgedanke nicht durchgedrungen ist. — Die Römer selbst haben diese unbegründete Härte gefühlt und daher für solche Fälle eine Naturalobligation anerkannt [1]) (Fr. 1 § 2 D de verb. oblig. 45, 1). Allein diese ist für unsere Frage insofern belanglos, als eine solche natürliche Verbindlichkeit dann eben auf dasselbe Objekt wie die civilis obligatio, d. h. auf die Erfüllung, bezw. das Erfüllungsinteresse geht und nicht auf das negative.

Spuren des letztern können wir vielleicht in der Bestimmung finden, dass, wenn die Parteien eine Form verabredet, ohne gebunden sein zu wollen, eine Partei vor Vollziehung der Form nur zurücktreten kann gegen Hinterlassung des gegebenen Handgeldes, bezw. Zurückerstattung des Doppelten (c. 17 i. f. C de fid. instrum. 4, 21; pr. Id. empt. et vend. 3, 23).

Die spätere Entwickelung hat bekanntlich das Verhältnis umgestürzt; das gemeine Recht verlangt nur ausnahmsweise eine Form; wo aber eine solche vorgeschrieben ist, da müssen eben-

---

[1]) Vergl. hierüber Litteratur bei Windscheid, Pand. II, S. 108, Arm. 1. Windscheid selbst ist der Ansicht, dass diese Stelle gegen die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit spreche; es lässt sich nicht einsehen, warum; im Gegenteil: das non tantum autem (statt dessen wohl non) civiliter, sed nec naturaliter obligatur zeigt doch, dass im allgemeinen eine natürliche Verbindlichkeit eintritt, d. h. wenn wenigstens etwas gesprochen ist, nicht aber hier, si sine verbis adnuisset. Wir müssen also bei ut obligatur ein naturaliter beifügen oder wenigstens darunter verstehen, wenn wir überhaupt einen Sinn in die Stelle hineinbringen wollen; eine nach Civilrecht gültige Stipulation kommt im erstern Fall nicht zu stande, weil nicht die richtigen Worte gebraucht sind. Auf dieser Auffassung beruhen auch die Entscheidungen in Fr. 5 § 2 D de solut. et lib. 46, 3; c. 3 u. 4 C de usur. 4, 32; Fr. 11 § 3 D de pign. act. 13, 7; es wäre unbegreiflich, wie der Verfasser ein Pfandrecht konstruieren könnte, ohne dass wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit vorläge.

falls die im römischen Recht geltenden Grundsätze zur Anwendung gelangen; denn der Zweck und die Idee der Formvorschriften sind ungefähr die nämlichen. Vielfach haben diese nur Bedeutung gegenüber Dritten und dann können die Kontrahenten gegenseitig auf das Erfüllungsinteresse klagen auf Grund des bereits bestehenden Vertrages. Bisweilen wird das Institut der Konversion Rechtshülfe schaffen.

8. Einen ähnlichen Entwickelungsgang hat bekanntlich das Institut der *Stellvertretung* genommen. Die Römer konnten sich nicht zur Auffassung erheben, dass die Rechtsordnung den Willen des einen als Willen des andern betrachten und so die nämlichen Rechtsfolgen damit verknüpfen könne, wie wenn der Vertretene allein gewollt hätte. Der Vertreter haftet vielmehr selbständig und daher konnte bei ihm von einem negativen Vertragsinteresse nicht die Rede sein. Selbst als das Bedürfnis nötigte, auf einigen Gebieten eine direkte Berechtigung und Verpflichtung des Prinzipals anzuerkennen, so beseitigte man damit nicht auch jene Rechte und Pflichten des Stellvertreters aus dem Rechtsleben. Das gemeine Recht hat den Satz umgestürzt: Als Regel gilt unmittelbare Stellvertretung und damit musste auch die Frage auftauchen: Wie gestaltet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem dritten Kontrahenten, wenn jener ohne Vollmacht oder mit Überschreitung derselben gehandelt?

Die herrschende Meinung nimmt einen stillschweigenden Garantievertrag zu Hülfe, was aber mit Hartmann[1]) als eine leere Fiktion zu bezeichnen ist. Im übrigen sollen die allgemeinen Grundsätze über Schadenersatzpflicht, actio doli und actio legis Aquiliae massgebend sein. Anders Zimmermann[2]) mit Berufung auf Fr. 1 § 9 D quod jussu 15, 4. Allein auch heute noch fehlt es nicht an Stimmen,[3]) welche die römische Auffassung, soweit

---

[1]) Jahrb. d. Dogm. XX, S. 65. [2]) Stellvertretende negotiorum gestio, S. 290.
[3]) So Bähr, Jahrb. d. Dogm. VI, S. 288 u. ff.

es sich um die Verpflichtung des Stellvertreters handelt, als die einzig richtige betonen, immerhin mit der Modifikation, dass der Dritte, sofern es sein Interesse verlangt, auch auf Schadenersatz klagen kann.

II.

Mehr Anhaltspunkte für das negative Vertragsinteresse sollten uns die Quellen bezüglich des *anfechtbaren* Vertrages bieten. Wenn wir von der richtigen Ansicht ausgehen, dass die Anfechtbarkeit sich nur soweit von der Nichtigkeit unterscheidet, als bei der erstern eine speziell gegen die an sich eingetretene rechtliche Wirkung gerichtete Reaktion seitens der betroffenen Partei, mit oder ohne Mitwirken des Richters, notwendig ist, bei letzterer aber die beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt wird, so müssen wir uns auch hier nach einem Mittel umsehen, welches der Partei die Möglichkeit giebt, allfälligen Schaden auf die Schultern des denselben verschuldenden oder verursachenden Gegners abzuwälzen. Man könnte zwar geltend machen, es liege in der Hand der Partei, einen gültigen Vertrag entstehen zu lassen und dann auf das Erfüllungsinteresse zu klagen; zieht sie diesem Rechtsweg den der Anfechtung vor, so soll sie sich auch begnügen, leer ausgehen zu können und den Vertrag ihrerseits nicht erfüllen zu müssen. Indes wäre dies doch ein unvollkommener Rechtszustand; es sind Fälle denkbar, wo das Erfüllungsinteresse einen unvollkommenen Rechtsschutz gewährt und überhaupt dabei das notwendige Wechselverhältnis zwischen Ursache und Wirkung im Rechtsleben nicht zur hinreichenden Geltung gelangen würde. Es ist ferner an sich die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass nicht den Anfechtungsberechtigten, sondern seinen Gegner ein Schaden trifft, dessen Ursache in der Person des erstern liegt, so dass es dann in der Macht des Urhebers des Schadens läge, dem Beschädigten eine Klage (die Klage auf das Erfüllungsinteresse) zu ermöglichen oder nicht.

In letzterem Falle haben die Römer so geholfen, dass sie einfach das Rechtsmittel der Anfechtung verweigerten, so bei der restitutio in integrum, sofern dolus vorlag gemäss Fr. 9 § 2, 4, 5, Fr. 37 § 1 D de min. 4, 4; Fr. 26 § 2 D ex quib. caus. min. 4, 6; c. 2 u. 3 C se min. maj. 2, 42 (43). Dagegen war sie zulässig bei bloss culposem Verhalten; Fr. 9 § 5 D de min. 4, 4; Fr. 16 § 9 D de public. 39, 4; c. 1 C. si adv. delict. suum 2, 34 (35). Indes lässt sich hieraus die Verweigerung einer Klage auf das negative Interesse bei blosser culpa nicht folgern. Bei beiderseitigem dolus tritt Kompensation ein. Blosse culpa auf der einen Seite begründet kein Anfechtungsrecht auf der andern; die actio redhibitoria beim Kaufvertrag setzt bekanntlich eine Schuld nicht voraus.

Wird der Vertrag angefochten, so scheint die Logik zu verlangen, dass nun nicht zugleich auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden kann; denn mit derselben Klage die Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäftes behaupten und trotzdem Ansprüche geltend machen, die nur auf einem gültigen Vertrag basieren können, ist ein innerer Widerspruch. Sollte sich die Rechtsordnung dies dennoch erlauben, so überschreitet sie die Grenzen des Privatrechtes und nimmt strafrechtlichen Charakter an. Wie verhält es sich nun in dieser Richtung mit der römischen Anfechtungsklage und zwar zunächst der schon oft erwähnten actio doli?

Über den Umfang dieser und der ähnlichen actio quod metus causa giebt Fr. 18 pr. § 1 u. 4 D d. dol. mal. 4, 3 einigen Aufschluss; das quanti ea res est im princ. auf den Sachwert zu beschränken, geht nicht an; die römischen Juristen bedienen sich allerdings oft dieses Ausdruckes zur Bezeichnung der letztern im Gegensatz zum Interesse. Sie unterbreiten ihm aber auch oft einen das Interesse mitumfassenden Sinn, so in Fr. 179, 193 D

---

[1]) Siehe Litteratur bei Windsch., Pand. II, S. 31.

de verb. sign. 50, 16; Fr. 1 § 4 D si quis jus 2, 3; Fr. 9 § 8 D ad exhib. 10, 4; Fr. 68 D d. rei vind. 6, 1; Fr. 3 § 11 D ut. poss. 43, 17.[1]) Dem entspricht auch das allgemein gehaltene id quod intersit actoris in § 1 cit. und das quanti eius interfuerit id non esse factum in § 4 cit. Damit ist aber keineswegs bewiesen, dass bei dolus in contrahendo der Gegenstand der actio doli das Erfüllungsinteresse sei. Es ist in der erwähnten Stelle vom dolus im allgemeinen die Rede, und speciell auf den dolus in contrahendo bezogen, können jene Erörterungen des Paulus ebenso gut das negative als das Erfüllungsinteresse bezeichnen; ja, das non esse factum zwingt eher zur Annahme des erstern, insofern als bei Abwesenheit des dolus ein Vertrag nicht zu stande gekommen. — Behufs genauern Aufschlusses müssen wir zu solchen Stellen die Zuflucht nehmen, welche speciell vom dolus beim Vertragsabschluss handeln. In jedem Falle begründet hier der dolus das Recht der Anfechtbarkeit und insofern ist die actio doli Restitutionsklage. Er kann aber auch die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben, insofern er einen Nichtigkeitsgrund, z. B. sog. wesentlichen Irrtum bei der andern Partei erzeugt. Wenn in letzterm Fall die dolose Partei trotzdem die Nichtigkeit nicht geltend machen und so die Haftung auf das Erfüllungsinteresse ausschliessen kann, wie es die reine Konsequenz verlangen würde, so geschieht es deshalb, weil niemand sich auf seinen eigenen dolus berufen darf.[1]) Anders bei blosser

[1]) Besser könnte man vielleicht mit dem Begriff der „relativen Nichtigkeit" operieren; vergl. hierüber Windsch. P. I § 82, Anm. 8. Auf diesen Standpunkt stellt sich die herrschende Meinung für das S. O.-R. sowohl bezüglich Betrug (Art. 24) u. Furcht (Art. 26) als wesentl. Irrtum (Art. 18); vergl. Schneider, Commentar, S. 80, Anm. 1 zu Art. 18 und Schulin, a. a. O. S. 79 u. ff. Für diese Auffassung mag die Entstehungsgeschichte des Gesetzes sprechen; sein Wortlaut ist dagegen. Sie führt auch zu einem Widerspruch mit der sonst allgemein herrschenden Anschauung, dass Betrug und Furcht als solche nur Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit bewirken; denn statuiert man für den wesentlichen Irrtum Nichtigkeit, so muss man es auch für die beiden andern Kategorien thun, da hier wie dort der Gesetzgeber sich der nämlichen Wendung (der Vertrag ist für die betreffende Partei unverbindlich) bedient.

Anfechtbarkeit; hier liegt es in der Hand der betrogenen Partei, den Vertrag bestehen zu lassen und mit der Vertragsklage, in welcher die actio doli enthalten, auf Erfüllung zu klagen; in diesem Falle wirkt der dolus bloss als Entschädigungsgrund. Oder sie ficht mit der actio doli den Vertrag an, und daneben bildet der dolus gleichzeitig das Fundament für die actio doli als Entschädigungsklage. Ein Beispiel für die zweite Alternative bietet uns Fr. 30 § 1 D de act. empt. vend. 19, 1; denn sicher wird hier trotz dem ex empto die Klage nur auf dolus gegründet, da eine Eviktion noch nicht erfolgt ist (vergl. Fr. 21 pr. D de evict. 21, 2); mit andern Worten die actio doli, bezw. empti ist zugleich Restitutionsklage. Trotzdem geht sie, wie der Wortlaut quanti mea intersit, meam esse factam, zeigt, auf das Erfüllungsinteresse. [1]) Gestattet uns dieses zur Verfügung stehende Beleg einen Schluss auf einen diesbezüglichen Grundsatz — und es dürfte dies in Anbetracht der Mischung von Privat- und Strafrecht im römischen Recht wohl der Fall sein, so müssen wir sagen, die actio doli als solche geht auf das Erfüllungsinteresse.

Genau dem Umfang des negativen Vertragsinteresses scheint der Anspruch zu entsprechen, welchen der Käufer bei der actio redhibitoria gegen den Verkäufer hat nach Fr. 23 § 1 D d. aedil. edict. 21, 1; Fr. 23 § 7 eod.; Fr. 60 eod.; denn nur dann, wenn die Vermögenslage, welche ohne Abschluss eines Vertrages bestünde, und nicht schon dann, wenn diejenige zur Zeit des Vertragsabschlusses wieder hergestellt ist, können wir von einer vollkommenen und eigentlichen Restitution sprechen. Nun setzt aber

[1]) Auch Fr. 57 § 1 D de contr. empt. 18, 1 deutet auf das Erfüllungsinteresse hin, aber keineswegs ist vorausgesetzt, dass hier der Vertrag angefochten wird, vielmehr klagt der Käufer auf Grund der Vertrages auf Erfüllung, und der dolus kommt lediglich für die Entschädigungsfrage in Betracht. Es kann demnach diese Stelle als Beweis für unsere Frage nicht herangezogen werden, wenn sie auch anderseits nicht dagegen spricht. Und ebenso verhält es sich mit Fr. 13 pr. D de act. empt. vend. 19, 1, wo allerdings auch vom Erfüllungsinteresse die Rede ist, aber die nähern Voraussetzungen des Anspruches ebenfalls nicht angegeben sind.

die ädilicische actio redhibitoria — wir sehen hier natürlich von einem diesbezüglichen Versprechen und dolus ab — eine Schuld des Verkäufers nicht voraus, und daher mochte jene strenge Haftung der römischen Anschauung als hart erscheinen. Als einfaches Gegenmittel diente ihnen die Preisgabe der Sache.[1]) (Fr. 23 § 8 D d. ädilic. ed. 21, 1; Fr. 29 § 3 eod.; Fr. 58 pr. § 2 eod.)

So sehen wir denn, dass die Quellen spärlich Zeugnis ablegen von der Existenz des negativen Vertragsinteresses. Ebenso wenig definitiven Aufschluss giebt uns die spätere Entwickelung des römischen Rechts, das gemeine Recht. Es lässt sich nicht leugnen, dass unsere Frage mehr theoretischen Charakter und rein wissenschaftliche Bedeutung hat. Handelt es sich um grössere Vermögensinteressen, so werden die Parteien auch vorsichtiger zu Werke gehen und so die Klippe der ungültigen Verträge vermeiden; stehen nur geringere Summen in Frage, so ist der Unterschied zwischen den Ansprüchen bei der einen oder andern Berechnung in den meisten Fällen ein so kleiner, dass die Parteien eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites dem Betreten des Prozessweges vorziehen, zumal in einer Angelegenheit, wo die Gerichte selbst verschiedener Ansicht sein konnten und auch thatsächlich waren. Am allerwenigsten kamen die höchsten Gerichtshöfe in die Lage, über solche Rechtsfälle zu urteilen.[2]) So fehlen die Hauptfaktoren zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes und dies um so mehr, als die Rechtsgelehrten selbst nicht im stand waren, eine allfällige im Volke schlummernde Rechtsüber-

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pand. II S. 440, Anm. 9; Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht I, S. 50 u. ff. S. 139; Dernburg, Pand. II, § 100, Note 16; Seuff. Arch. VII. 25. 170; XVI 181. [2]) Seuffert's Archiv enthält sozusagen keine Entscheidungen, die unmittelbar hierauf Bezug haben. Nicht anders steht es mit den Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichtes.

zeugung in feste juristische Formen zu bringen, da sie den zumal in jener Zeit erforderlichen Anhaltspunkt in den Quellen vermissten oder übersahen.

Dieser Rechtszustand zeigt sich, wie die Darstellung der Litteraturgeschichte bewiesen, auch in der neuern Zeit. Immerhin lässt sich als herrschende Meinung bezeichnen, dass beim System des gemeinen Rechts ohne Annahme eines negativen Vertragsinteresses die Grundsätze der Billigkeit und Gerechtigkeit nicht realisiert werden können.

Einen Niederschlag der Anschauungen des gemeinen Rechts finden wir vielleicht in jenen modernen Gesetzbüchern, welche mehr romanisierenden Charakter haben, so im preussischen Landrecht, österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch. Bevor wir aber hierauf eingehen können, haben wir uns mit dem näher liegenden S. O.-R. und mit dem B. G. B. zu beschäftigen.

b) In den modernen Gesetzgebungen.

α) Das schweizerische Obligationenrecht.

Das schweizerische Obligationenrecht als Kompromiss deutscher und französischer Rechtsanschauung trägt den Charakter eines solchen auch bezüglich unserer Frage. Dem französischen Recht (cod. civ. art. 1382 u. 1383) hat es den Art. 50 [1]) entlehnt, der für das negative Vertragsinteresse von weitgehender Bedeutung ist; denn soweit eine Schuld des Kontrahenten vorliegt, ist es immer möglich, auf Grund dieses Artikels ein negatives Vertragsinteresse zu konstruieren. Da der Mangel eines gültigen Vertrages die Voraussetzung unseres Anspruches ist, so haben

[1]) Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatz verpflichtet.

wir es mit der ausservertraglichen Haftung zu thun, wie wir weiter unten noch des Nähern sehen werden; gerade diese Materie aber ist der Gegenstand der Art. 50 u. ff.[1]) Ja Art. 58 geht noch einen Schritt weiter, wenn er sagt: „Aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen."

Zwar hat das Bundesgericht[2]) entschieden: „Der Abschluss eines nichtigen Vertrages durch einen Willensunfähigen kann nicht nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen beurteilt werden. Dieser Artikel ist also darauf nicht anwendbar." Allein wir können uns seiner Ansicht nicht anschliessen. Solange die Parteien ins Gebiet der vertraglichen Verpflichtung nicht eingetreten, gelangen eben die Grundsätze der ausservertraglichen Haftbarkeit zur Anwendung und es lässt sich gewiss nicht leugnen, dass auch im Abschluss eines nichtigen Vertrages eine unerlaubte Handlung enthalten sein und durch denselben ein Schaden zugefügt werden kann. Es müsste somit, wenn die Ansicht des Bundesgerichtes richtig sein sollte, in diesem Abschnitt über unerlaubte Handlungen eine gesetzliche Bestimmung vorhanden sein, dahin lautend, dass Art. 50 etc. keine Anwendung finde, wenn ein Schaden durch den Abschluss eines nichtigen Vertrages entstanden sei; mit der Suspension der Regel für diesen Specialfall wäre dann auch die Ausnahme des Art. 58 als unanwendbar erklärt. Von einer solchen Bestimmung ist aber nichts zu entdecken.[3])

---

[1]) Insoweit ist auch die Äusserung von Marcusen, S. 123, dass das S. O.-R. das Princip des negativen Interesses allgemein nirgends anerkenne, unrichtig; denn das negative Vertragsinteresse qualifiziert sich eben als eine Unterart des Schadenersatzes, von welchem Art. 50 u. ff. sprechen, und bedurfte daher einer ausdrücklichen Erwähnung nicht, sofern man die Fälle weitergehender Haftung als blosse Ausnahme von der Regel betrachtet. [2]) B.-G.-Entsch. XV, N. 68 Erw. 5. [3]) So sagt denn auch die Zürcher Appellationskammer in einem Urteil vom 2. IV. 89 (Blätter f. handelsr. Entsch. VIII. Bd., S. 128), gegen welches obige bundesger. Ent-

Ebenso wenig ist dadurch, dass das S. O.-R. die Vertragsfähigkeit einer Person aus bestimmten Gründen beschränkt oder gänzlich aufhebt, etwas über die Möglichkeit ihrer ausservertraglichen Haftbarkeit entschieden. Etwas anderes ist es, die oft weitgehenden Verbindlichkeiten eines Vertrages auf sich zu nehmen, etwas anderes, bloss die allgemein menschlichen Rechtspflichten zu beobachten. In letzterer Beziehung ist nach der subjektiven Richtung hin nichts erforderlich als Zurechnungsfähigkeit, die identisch ist mit Willensfähigkeit oder *Handlungsfähigkeit.*[1]) Ob diese vorhanden oder nicht, darüber geben uns Art. 29—35 S. O.-R. keinen Aufschluss; sie sprechen ja bloss von Vertragsfähigkeit. Eher könnten und sollten wir eine diesbezügliche Bestimmung im Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit finden, weil dieses, abgesehen von den im Gesetz selbst enthaltenen Beschränkungen, für das ganze Privatrechtsleben gelten soll. Allein die Erwartung bestätigt sich nicht. Schon Art. 1 [2]) dieses Gesetzes würde nach der entgegengesetzten Auffassung mit Art. 33, Alinea 3 [3]) des S. O.-R. in Widerspruch geraten; denn dort ist schlechtweg von Handlungs-

---

scheidung gerichtet ist, mit Bezugnahme auf Art. 58 ganz richtig: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass den Klägern durch den Beklagten ein gewisser Schaden entstanden ist; ebenso liegt die Voraussetzung des Art. 58 vor, dass die Schadenzufügung eine ausserkontraktliche ist; denn die Schadensursache liegt ja gerade darin, dass die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge ungültig sind, mit andern Worten, der Beklagte hat die Kläger dadurch geschädigt, dass er als vertragsunfähig mit denselben Verträge abschloss, die Verträge also in Wirklichkeit gar nicht zu stande kamen.

[1]) Auch die nationalrätliche Kommission spricht sich dahin aus, dass durch Art. 58 in Verbindung mit Art. 50 genügend erklärt sei, dass auch eine in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkte Person für den von ihr widerrechtlich gestifteten Schaden verantwortlich sei, sobald sie als zurechnungsfähig erscheine. Einzig aus diesem Grunde sei eine diesfällige Bestimmung der Entwürfe gestrichen worden. [2]) Die persönliche Handlungsfähigkeit wird mit der Volljährigkeit erlangt. [3]) Hat er — der nicht gebundene Teil — die andere Vertragspartei zu der irrtümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich.

fähigkeit gesprochen; hier aber doch nicht die genehmigende Partei, welche nach dem vorausgehenden Art. auch eine minderjährige Person sein kann, für haftbar erklärt. Art. 3 sagt ferner, dass die nach Massgabe des Art. 30, 32, 33 und 34 des Bgs. über das S. O.-R. für den Mobiliarverkehr der Minderjährigen geltenden Bestimmungen auch auf die übrigen *Rechtsgeschäfte* derselben anwendbar seien; unerlaubte Handlungen in dem in Frage stehenden Sinne können aber nach allgemein üblicher Terminologie nicht als Rechtsgeschäfte, sondern höchstens als Rechtsakte bezeichnet werden. Art. 5, 1 spricht von der Besorgung ökonomischer Interessen und der Art und Weise der Vermögensverwaltung, was ebenfalls nur auf Rechtsgeschäfte, nicht auf unerlaubte Handlungen hindeutet.

Es fehlt uns somit an einem gesetzlichen Anhaltspunkt für die Bestimmung, ob und wann eine Person zurechnungsfähig sei; wir müssen daher auf die allgemeinen Rechts- und psychologischen Anschauungen in dieser Richtung zurückgehen. Sicher ist, dass der Willensunfähige auch unzurechnungsfähig und daher die oben citierte bundesgerichtliche Entscheidung falsch ist, weil gerade für solche Fälle der Willensunfähigkeit Art. 58 berechnet ist und zwar ausnahmsweise. Es ist aber nicht anwendbar auf solche, welche einen bewussten Willen haben, daher nicht auf Verschwender, weil diese als solche ihren Willen nicht eingebüsst und daher unter allgemein menschlichen Rechtspflichten stehen, und nicht auf Minderjährige, sobald sie beim Vernunftsgebrauch angelangt sind, was natürlich im Einzelfall durch richterliches Ermessen festgestellt werden muss. [1]) Wir können daher auch der Ansicht von Marcusen [2]) nicht beistimmen, dass Art. 58 Anwendung finde rücksichtlich Verschwendern, welchen die

---

[1]) Dass dabei die strafrechtlichen Bestimmungen nicht Platz greifen, versteht sich von selbst; das Gegenteil folgt auch nicht arg. e. contrario aus Art. 59. [2]) S. 136 u. 137.

Handlungsfähigkeit gänzlich entzogen ist gemäss Art. 5 des Bdg. betr. die persönliche Hdlf.; sie gelten vielmehr als zurechnungsfähig auf ausservertraglichem Gebiete und dadurch ist auch der Grundsatz der Billigkeit in höherem Masse gewahrt als bloss durch Art. 58. [1])

Soweit es sich um eine zurechnungsfähige Person handelt, der aber im konkreten Fall eine Schuld nicht zur Last gelegt werden kann, muss natürlich Art. 58 ausser Anwendung bleiben.

Die übrigen im S. O.-R. erwähnten Fälle des negativen Vertragsinteresses bilden, wenn wir vom Art. 5 Alinea 2 und 48 absehen, lediglich eine Anwendung des in Art. 50 ausgesprochenen Grundsatzes auf bestimmte Nichtigkeitskategorien; sie hätten demnach nach der Methode des code civil français ebenso gut unterbleiben können. Wenn ihrer dennoch Erwähnung gethan wird, so geschieht es wahrscheinlich deshalb, um ja jeden Zweifel, der etwa aus der Litteratur herübergeholt werden könnte, sei es dahingehend, jede Verpflichtung zu verneinen, sei es umgekehrt, Gültigkeit des Vertrages in ähnlichen Fällen zu statuieren, auszuschliessen.

Von einem negativen Vertragsinteresse schweigt indes das S. O.-R. bei Unmöglichkeit der Leistung. (Art. 17: Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist.) Bei Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit des Gegenstandes kann selbstverständlich von einem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht die Rede sein. Von dem Erfordernis der Schuld sieht, wie bereits bemerkt, Art. 5 Alinea 2 (trifft die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung erst nach jenem Zeitpunkt beim Antragsteller ein, so ist dieser, wenn er nicht gebunden sein will, verpflichtet,

[1]) So hat denn auch das Kantonsgericht St. Gallen (Revue VIII, Nr. 67) entschieden, dass ein 10½jähriger Knabe nicht unter die nicht zurechnungsfähigen Personen zu zählen sei; anders das Oberger. Zürich (Revue III, Nr. 82) bezüglich eines 9jährigen Knaben.

bei Vermeidung von Schadensersatz ohne Verzug davon Anzeige zu machen) ab. Es ist hier dem Offerenten eine kleine Pflicht auferlegt, um den Gegenkontrahenten vor grösserem Schaden zu bewahren und es lässt sich nicht behaupten, dass dies bei der Mannigfaltigkeit des heutigen Verkehrs der Billigkeit widerspricht, um so weniger als der Offerent für seine Mühe sich schadlos halten kann am Oblaten. Indes ist dem Vorwurf Königs [1]) beizustimmen, dass hier dem Offerenten zu grosse Wahlfreiheit eingeräumt ist. Entweder sollte er schlechthin an den Vertrag gebunden sein oder dann schlechthin Schadenersatz leisten müssen; denn möglicherweise ist ja der letztere grösser und dann wird sich der Offerent für die Gebundenheit an den Vertrag erklären, oder dann umgekehrt. Das Logischere wäre schlechthin Verpflichtung zum Schadenersatz; denn mit dem Ablauf der durch Alinea 1 bestimmten Zeit ist die Basis für das Zustandekommen des Vertrages verschwunden. Wir können ja wohl beim Schweigen einen Willen präsumieren auf Seite des Offerenten, den Vertrag auch jetzt noch einzugehen; allein wer bürgt dafür, dass auch der Wille des Oblaten jetzt noch die gleiche Richtung hat?

Ein weiteres Beispiel des negativen Vertragsinteresses liefert uns Art. 23: „Hat der Teil, welcher den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so wird er zum Schadenersatz verpflichtet, es sei denn, dass der andere Teil den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.“ Es kann aber bezüglich desselben ein Zweifel auftauchen, insofern er bloss von Fahrlässigkeit spricht. Man könnte davon ausgehen, dass Art. 50 den Fall der Arglist normiert; [2]) allein

---

[1]) Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. IV, Bd. 1885, S. 382 u. ff., wo er den Zusatz, an dessen Stelle der Entwurf von 1877 bestimmte, dass er bei Stillschweigen an den Vertrag gebunden sei, kritisiert nicht so sehr wegen der Statuierung des Schadenersatzes, als weil er dem Offerenten die Möglichkeit giebt, auf Kosten des Oblaten zu spekulieren. [2]) So Marcusen, S. 152.

das würde auch für die Fahrlässigkeit zutreffen, das S. O.-R. hätte von dieser ebensogut wie von jener schweigen können. Eher läge die Vermutung nahe, dass bei vorhandenem dolus der Vertrag trotz des Irrtums zu Recht bestehen soll. Indes hätte eine solche Ausnahme doch in jenen Artikeln, welche von der Gültigkeit des Vertrages und nicht vom Schadenersatz (Art. 18 bis 22) handeln, ausgesprochen werden müssen; in Wirklichkeit sind aber die dort enthaltenen Bestimmungen ganz allgemein gehalten, so dass sie nicht die geringste Andeutung an eine diesbezügliche Verfügung erkennen lassen. Der Grund des Schweigens ist vielmehr der: Arglist und Irrtum sind in derselben Person bezüglich desselben Gegenstandes unvereinbar, daher hätte es auch keinen Sinn, in Art. 23 von einem Schadenersatz für dolus zu sprechen.

Wichtiger ist die Frage, ob Art. 23 sich auch auf die Ungültigkeit eines Vertrages wegen blossem Mangel in der Erklärung (Art. 16)[1]) beziehe, weil von ihrer Beantwortung die Beurteilung der Mentalreservation abhängt. Gewiss kann und muss sogar der Mangel in der Erklärung logisch unter die Mängel des Vertragsabschlusses, worüber der betreffende Abschnitt handelt, subsumiert werden; ebenso sicher hat die Willenserklärung, von welcher Art. 16 spricht, mit der Form der Verträge im juristischen Sinn des Wortes nichts zu thun.[2]) Es steht indes entgegen die Anordnung des Gesetzgebers, über die wir nicht einfach hinwegsehen dürfen; aus dieser ergiebt sich, dass Art. 23 nur auf den Irrtum im Willensentschluss (Art. 18—20) Bezug hat. Man kann demnach auch nicht aus Art. 23 den Beweis erbringen, dass trotz

---

[1]) Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, welche dieselben, sei es aus Irrtum, sei es in der Absicht, gebraucht haben, um die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. (Simulation.) [2]) Art. 16 erwähnt denn auch selbst sowohl Form als Inhalt.

Mentalreservation der Vertrag gültig ist, weil hier die Divergenz zwischen Wille und Erklärung auf dolus beruht und das S. O.-R. bei letzterem von einem Schadenersatz schweigt, dies um so mehr, als auch in diesem Fall von einem Irrtum, wie ihn Art. 23 voraussetzt, nicht die Rede sein kann.

Eine Ausnahme vom Grundsatz scheint Art. 33 Alin. 3: „Hat er (der nicht gebundene Teil) die andere Vertragspartei zur irrtümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er für den verursachten Schaden verantwortlich" zu enthalten, wonach nur dolus einen Schadenersatzanspruch begründen soll. Indes kann man dem Worte „verleiten" doch nicht so absolut diese Bedeutung beimessen, wenn sie auch die näherliegende ist. Es verhält sich mit demselben ähnlich wie mit dem lateinischen decipere: Es ist mehr ein Verursachen im allgemeinen, vielleicht speziell ein Verursachen infolge mangelhaften geistigen Verhaltens, wozu aber auch die Fahrlässigkeit gehört.[1]) Diese Interpretation ist um so mehr gerechtfertigt, als es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelte, die gewiss eher im Kapitel über unerlaubte Handlungen für alle Gebiete des Privatrechtes hätte getroffen werden müssen und als sie unterstützt wird durch Art. 471 S. O.-R., wo die Normen über die unerlaubten Handlungen ganz allgemein vorbehalten sind und wo eine Beschränkung auf den dolus zum mindesten ebenso gerechtfertigt wäre wie in dem hier in Rede stehenden Fall.

Einen abweichenden Standpunkt hat der Gesetzgeber in Art. 48 bezüglich Stellvertretung eingenommen: „Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Teil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der

---

[1]) So bestimmte auch der Entwurf von 1877 in Art. 7, Alinea 2, dass sowohl Absicht als Fahrlässigkeit zum Schadenersatz verpflichten, und der Entwurf von 1878 enthält in Art. 39 Alinea 3 statt des Wortes „verleitet" „veranlasst".

Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen", insofern von jeder Schuld aus Voraussetzung abstrahiert wird. Man hat infolge dessen auch nicht ermangelt, von einem stillschweigenden Garantievertrag zu sprechen[1]) und dementsprechend den Schadenersatz als Erfüllungsinteresse zu deuten. Allein dies ist lediglich Fiktion und steht im Widerspruch mit dem Nachsatz des Artikels: „sofern er nicht den Mangel etc."; denn durch die blosse culpa des Gegenkontrahenten wäre doch der Garantievertrag in seiner ihm sonst zukommenden Wirkung nicht gehemmt; gerade in solchen Fällen, wo der Dritte Zweifel hegt und doch sich nicht länger erkundigen will nach den Umständen, welche den Mangel der Vollmacht erkennen liessen, lässt er sich ein Garantieversprechen geben, indem dann das richtige Wechselverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anderswie gewahrt wird. Und gewiss müssen wir ein stillschweigendes Garantieversprechen nach dem gleichen Masstabe beurteilen wie ein ausdrückliches; der Unterschied zwischen beiden liegt nur in der Entstehungsart, nicht in der Wirkung oder im Umfang. Vollends verfehlt ist es, sich auf Art. 127[2]) S. O.-R. zu berufen;[3]) denn dadurch würden beide Fälle identifiziert, während sie doch das Gesetz selbst auseinander gehalten wissen will. In Art. 127 fungiert eben der Kontrahent im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

Weil die Voraussetzung nicht richtig, so kann man als Objekt des Anspruches auch nicht das Erfüllungsinteresse betrachten. Vom Standpunkt des Garantievertrages aus könnte, streng genommen, nicht bloss das Erfüllungsinteresse, sondern die Erfüllung selbst verlangt werden; denn wenn man einmal

---

[1]) So Marcusen S. 167 und Schneider, Comment. S. 113, Nr. 5, welch' letzterer jedoch nach Nr. 6 ibid. die Beschränkung auf das negative Vertragsinteresse nicht ausschliesst und jedenfalls einen Anspruch auf Erfüllung nicht gewährt. [2]) Wer die Leistung eines Dritten verspricht, ist zum Schadenersatz verpflichtet, wenn dieselbe nicht erfolgt. [3]) Wie dies thut Marcusen a. a. O.

einen Vertrag entstehen lässt, so liegt es doch am nächsten, den eigentlichen Zweck desselben, die Erfüllung in Natur — und eine solche ist gewiss in vielen Fällen dem falsus procurator nicht unmöglich — zu seinem Gegenstand zu machen.[1]) Auch der terminus „Schadenersatz" spricht für unsere Auffassung; hätte der Bewusste sich nicht als Stellvertreter aufgeführt und als solcher gehandelt, so wäre eben ein Vertrag nicht zu stande gekommen und der Schaden, welchen der Gesetzgeber im Auge hat, kann demnach nur der sein, welcher infolge des Abschlusses eines vermeintlich gültigen Vertrages entstanden ist, d. h. eben das negative Vertragsinteresse. Will der Gesetzgeber auf das Erfüllungsinteresse verpflichten, so bedient er sich auch einer dieses Verhältnis ausdrückenden Redeweise, wie z. B.: der falsus procurator haftet an Stelle des Vertretenen; er haftet persönlich in gleicher Weise wie der angebliche Prinzipal haften würde etc.[2]) Selbstverständlich ist hier im negativen Interesse auch das lucrum cessans mitinbegriffen, nicht bloss die Unkosten.[3]) Was den

---

[1]) Anders Schneider, Comment. S. 113, Nr. 6. Auch der Entwurf von 1877 stellt in Art. 459, Alinea 4, nicht Erfüllungsinteresse und Schadloshaltung, sondern Erfüllung des Vertrages und Schadloshaltung einander gegenüber. [2]) Vergl. Art. 820 S. O.-R. [3]) Die gerichtlichen Urteile drücken sich oft unklar aus, so dass sowohl die eine wie die andere Ansicht in ihre Worte hineingelegt werden kann. So sagt die zürcher. Appellationskammer in einem Urteil vom 27. X. 88 (Blätter f. hdr. Entsch. 1888, S. 375): „Die falschen Stellvertreter sind den Klägern in dem Sinn verantwortlich, dass sie ihnen für allen Schaden haften, der denselben wegen Nichtvorhandensein des vorgegebenen Vollmachtsverhältnisses und dem daraus resultierenden Nichtzustandekommen des Vertrages erwächst. Der Stellvertreter übernimmt die stipulierten Vertragsleistungen nicht selbst, diese sollen vielmehr dem Vertretenen überbunden werden, wie er auch Erwerber der korrespondierenden Rechte werden soll; jener übernimmt vielmehr nur die Verantwortlichkeit dafür, dass das von ihm vorgegebene Vollmachtsverhältnis wirklich bestehe und somit seine vertragschliessende Thätigkeit den Vertretenen berechtigt und verpflichtet habe. Diese Verantwortlichkeit übernimmt er im Sinne der Haftpflicht für das Interesse des Dritten am Zustandekommen des Vertrages und deswegen kann der Dritte auch nur auf Vergütung dieses Interesses, nicht aber auf direkte Erfüllung der betreffenden Vertragsleistung klagen." Und ebenso das Kassationsgericht Zürich in einem Urteil vom 25. II. 89

Gesetzgeber bewogen hat, von einer Schuld abzusehen, ist an dieser Stelle nicht zu erörtern.

Wir stehen auch hier auf ausservertraglichem Gebiete, daher auch hier Vertragsfähigkeit keine Voraussetzung des Anspruches.[1]) Die dadurch anscheinend gegebene Härte wird sich in praxi leicht verlieren infolge der weitern Bedingung des Anspruchs, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen.[2])

β) Im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

Während das S. O.-R. hinsichtlich unserer Frage dem Verschuldungsprincip huldigt, wie weiter unten noch des nähern

---

(Blätter f. hdr. Entsch. VIII. 1889, S. 125): „Es liegt nun allerdings darin, dass sich jemand als Stellvertreter eines Dritten ausgiebt, eine stillschweigende Gewähr dafür, dass dieser Dritte den Abschluss des Geschäftes in seinem Namen genehmige; aber diese Gewähr besteht nach Art. 48 lediglich in der Verpflichtung zum Ersatz des den Klägern aus der Nichtgenehmigung des Geschäftes erwachsenen Schadens, nicht in der Verpflichtung, gegen den Dritten einen Prozess zu führen oder sonst das Mögliche zu thun, um ihn zum Beitritt zum Geschäft zu bewegen." — Der Richter will wohl damit nichts anderes sagen, als der falsche Stellvertreter kann nicht auf Erfüllung, wohl aber auf das Erfüllungsinteresse belangt werden; wir müssten denn jene Worte in dem Sinne deuten, wie das Hand.-Gericht Zürich (Urteil vom 4. X. 89 in B.-B. f. handelsr. Entsch. VIII, S. 340) den gleichen entscheidenden Ausdruck näher erläutert, wenn es sagt: „Dagegen würde N. (falscher Stellvertreter) in diesem Falle für den Schaden haftbar sein, den die Kläger wegen Nichtzustandekommen des Kaufvertrages allfällig erlitten haben und der hier mit dem Schaden aus der Nichterfüllung eines wirklich zur Existenz gelangten Vertrages identisch sein dürfte." Letztere Worte zeigen uns zur Genüge, dass auch das Handelsgericht den Schaden des Art. 48 im Sinne von negativem Vertragsinteresse auffasst.

[1]) Anders natürlich vom Standpunkt des Garantievertrages aus. [2]) Merkwürdig ist, wie das tribunal cantonal de Vaud (Urteil vom 15. IX. 86 im journal des Tribunaux Vaud. XXXIV, S. 654) behaupten kann, Art. 48 setzte notwendig die Existenz eines Vertretenen voraus, als ob für den Dritten nicht die nämliche Situation gegeben wäre, wenn der Stellvertreter einen Prinzipal fingiert; die Möglichkeit einer Genehmigung, welche der Art. in Aussicht stellt, spricht nicht dagegen; denn dieser hat eben nur den regelmässigen Fall vor Augen und will bloss sagen, dass ein Anspruch gegen den Stellvertreter nicht erhoben werden kann, bevor das Ausbleiben der Genehmigung konstatiert ist.

dargethan wird, und damit in und mit Art. 50 u. ff. auch für das negative Vertragsinteresse eine allgemeine Regel aufstellt, lässt sich für das B. G. B. des Deutschen Reiches nicht das nämliche behaupten. Auch dieses hat zwar rücksichtlich Haftung für aquilische culpa sich zur reineren modernen Auffassung emporgeschwungen und die Beschränkungen des römischen und gemeinen Rechts fallen lassen. [1]) Es hat aber zugleich bezüglich negativem Vertragsinteresse einen Schritt weiter gethan über das S. O.-R. hinaus, indem es für einzelne Fälle eine Ersatzpflicht auf das negative Interesse, unabhängig von jeder Fahrlässigkeit statuiert. [2]) Es hätte nahe gelegen, für dieses Gebiet specieller Haftung eine einheitliche Regel aufzustellen, etwa im Abschnitt über Rechtsgeschäfte oder Schuldverhältnisse aus Verträgen. Allein nachdem man bei Unmöglichkeit der Leistung [3]) und bei Geschäftsunfähigkeit des Subjektes [4]) doch wieder besondere Wege eingeschlagen hat, schien eine allgemeine Norm nicht am Platz. Selbst zwischen § 122 und § 179 lassen sich bedeutende Differenzen nicht ableugnen, und die Kommission der zweiten Lesung bemerkt ausdrücklich [5]): „In den Beschlüssen zu den § 97 bis § 99 des Entwurfs habe man keineswegs gegen den erwähnten Grundsatz über Schadenersatzpflicht Stellung nehmen, sondern lediglich nach der Eigenart der Rechtsverhältnisse eine Reihe von Sonderbestimmungen treffen wollen, welche sich nicht ohne weiteres zur Übertragung auf andere Rechtsverhältnisse eignen."

So bleibt auch bezüglich des B. G. B. nichts übrig, als auf die einzelnen Fälle einzutreten. [6])

---

[1]) § 823; besser § 704 u. § 705 des I. Entwurfes. [2]) § 122 u. § 179. [3]) § 307. [4]) § 104 u. ff. [5]) Protokoll S. 453. [6]) Marcusen behauptet l. c. S. 130, es wäre im Gegensatz zum S. O.-R. in § 345 des Entwurfes (§ 307 des Ges. Buches) das Princip des negativen Vertragsinteresses anerkannt. Doch gewiss nicht mehr und nicht weniger als mit Art. 50 u. Art. 23 des S. O.-R.; denn der I. Entwurf fusste, von der Behandlung des falsus procurator abgesehen, wofür in-

Die Motive äussern sich[1]) für den Fall der *Unfähigkeit des Subjektes* dahin: „Der Entwurf sieht von einer bezüglichen Sondervorschrift ab", und verweisen auf die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen. Diesen Standpunkt hat man nicht mehr verlassen und so vermissen wir denn auch im Gesetzbuch selbst für diese Kategorie eine Bestimmung bezüglich Haftung auf das negative Interesse. In dem Ausschluss einer solchen Bestimmung in dem Abschnitt „Geschäftsfähigkeit"[2]) liegt allerdings nicht ein Ausschluss schlechthin; denn so sehr man die Bestimmung event. auch hier erwarten würde, so passt doch der Ausdruck „Geschäftsfähigkeit" durchaus nicht für den in Frage stehenden Rechtsanspruch; man hat absichtlich den umfassendern Begriff „*Handlungsfähigkeit*" fern gehalten.[3])

Die Normen über unerlaubte Handlungen[4]) führen uns einen Schritt weiter. Zwar haftet der volljährig Unzurechnungsfähige gemäss § 827 und ebenso das Kind unter 7 Jahren laut § 828 Alinea 1 nicht. Allein schon nach dem 7. Jahre tritt grundsätzlich die Haftung ein[5]); bloss ist die Beweislast bezüglich der Zurechnungsfähigkeit bis zum zurückgelegten 18. Altersjahre und desgleichen beim Taubstummen die umgekehrte. Vollends in der für uns wichtigsten Periode vom 18. bis zum 21. Jahre, wo eine unverschuldete Unkenntnis auf Seite der Gegenpartei näher liegt, greift wieder die gewöhnliche Regel Platz.

Noch mehr; § 829[6]) gestattet analog dem Art. 58 S. O.-R. dem Richter, auch eine unzurechnungsfähige Person, sie sei voll-

---

dessen Art. 48 S. O.-R. ebenfalls ein Analogon bietet, vollständig auf dem Verschuldungsprincip. Was von § 345 behauptet wird, das liesse sich auch bezüglich § 97 geltend machen, während § 125 vollständig von dem angeblich allgemeinen Princip abweicht.

[1]) I, S. 141. [2]) § 104 u. ff. [3]) Siehe Motive I, S. 129. [4]) § 823 u. ff. [5]) § 828 Alinea 2. [6]) Wer in einem der in § 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwort-

jährig oder minderjährig[1]), unter gewissen Voraussetzungen für haftbar zu erklären. Es fragt sich, ob nicht gerade in unserm Falle die Billigkeit schlechterdings eine Ausnahme von der Regel verlangt. Wenn wir in Betracht ziehen, dass das Gesetz beim Irrtum vom Verschuldungsprincip abweicht und ebenso bei mangelnder Vollmacht, dass ferner in letzterem Fall der Ausschluss der Haftbarkeit eines in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten falsus procurator noch ausdrücklich betont wird[2]), und dass endlich auch bei Unmöglichkeit der Leistung der jetzigen Fassung entgegengesetzte Ansichten Platz gegriffen[3]), und auch heute noch vertreten werden, so ist jene Frage eher im bejahenden Sinne zu beantworten.[4]) Wesentlich praktische Bedeutung hat diese Bestimmung für uns allerdings nur bei den Personen des § 827 und zum Teil bei den der Altersgrenze von 18 Jahren Nahestehenden. Denn Minderjährige über das 18. Altersjahr hinaus sind schlechterdings haftbar und nicht minder erklärte Verschwender; die Gleichstellung der letztern mit Minderjährigen über 7 Jahre in § 114 bedeutet keineswegs eine Befreiung derselben von der Haftbarkeit auf das negative Vertragsinteresse; von einer mangelnden Kenntnis der Verantwortlichkeit kann bei ihnen überhaupt nicht die Rede sein. — Je mehr man ferner vom 18. Jahre abwärts geht, um so mehr musste die Gegenpartei Kentnis haben von der mangelnden Verpflichtungsfähigkeit des Gegners infolge Minderjährigkeit. Wir sagen, zum Teil hat die

---

lich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten verlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen des Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

[1]) bez. wenn im Falle des § 828 Alinea 2 der Beweis der ausnahmsweisen Zurechnungsfähigkeit misslingt. [2]) § 179 Alinea 3. [3]) Siehe Protokoll S. 452 u. 453. [4]) Der I. Entwurf, welcher rücksichtlich des negativen Interesses auf dem Verschuldungsprinzip basiert, kennt auch die Bestimmung des § 829 nicht.

Bestimmung des § 829 für den Zeitabschnitt unmittelbar vor dem 18. Jahre praktische Bedeutung; denn je mehr man anderseits dem 18. Jahre näher kommt, um so eher wird auch der in § 828 Alinea 2 verlangte Nachweis gelingen und damit die Berufung auf § 829 überflüssig.

Über das negative Interesse bei *Unfähigkeit des Objektes* geben uns § 307[1]) und § 309[2]) Aufschluss. Unbedingte Voraussetzung ist dolus oder Fahrlässigkeit des Ersatzpflichtigen. Letzterer kann aber nicht bloss der Promissar, sondern auch dessen Gegner sein;[3]) diesen Standpunkt hat man von Anfang an eingenommen[4]) und daran festgehalten gegenüber abweichenden Ansichten, die sich darauf stützten, man könne dem Versprechensempfänger nicht zumuten, bezüglich der Ermittlung, ob die ihm zugesicherte Leistung möglich sei, das gleiche Mass von Sorgfalt anzuwenden, zu welchem der Versprechende verpflichtet sei.[5]) Dieses Moment verdient und erhält indes seine Berücksichtigung auch beim jetzigen Gesetzeszustand, indem eben die Frage, ob culpa vorhanden, bei dem einen oder andern Kontrahenten verschieden beantwortet wird entsprechend der verschiedenen Sachlage hier und dort. Das Gesetz will damit nur den grundsätzlichen Ausschluss jeder Haftbarkeit des Versprechensempfängers verneinen, überlässt es aber für den einzelnen Fall dem Richter, zu entscheiden, ob die vorausgesetzte culpa vorhanden oder nicht.[6])

[1]) Wer bei der Schliessung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muss, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss. [2]) Verstösst ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung. [3]) Siehe Protokoll S. 452; Planc, S. 80; Laband, S. 3. Anderer Ansicht ist Bähr in Crit. V. J. Schr. für Ges. Geb. 30. Bd., S. 374. [4]) s. I. Entwurf § 345. [5]) s. Protokoll S. 452. [6]) Nicht das Gegenteil wollen die Motive II, S. 178 behaupten, wenn sie sagen:

Die Bestimmung von Alinea 2 des § 307 [1]) wurde von verschiedenen Seiten als überflüssig bezeichnet [2]) und auch die Motive II, S. 179 sprechen sich dahin aus: „Wissenschaft und Praxis könnten vielleicht auch ohne ausdrückliche Bestimmung an der Hand der Vorschrift des § 114, 345 Abs. 1 zu demselben Resultat gelangen." Der Mangel einer allgemeinen Bestimmung über die culpa in contrahendo dürfte, besonders nachdem man einmal den Anspruch von einem Verschulden abhängig gemacht, schwerlich die Veranlassung zum Erlass jener Bestimmung bilden; und zweifellos ist, dass wenigstens für den Fall *teilweiser Unmöglichkeit* die aufgestellte Norm ebenso gut hätte wegbleiben können, es sei denn, man wolle durch das „entsprechend" andeuten, dass bei Berechnung des negativen Interesses nicht bloss das mathematische Verhältnis zwischen dem möglichen und unmöglichen Teil, sondern ähnlich wie bei der Frage der Gültigkeit, bez. Ungültigkeit das wirtschaftliche Verhältnis, um uns so auszudrücken, zu berücksichtigen sei. Allein auch diesbezüglich müsste Wissenschaft und Praxis ohne gesetzliche Bestimmung zu demselben Resultate gelangen. —

Dagegen ist Alinea 2 nicht zwecklos, soweit es sich um die Unmöglichkeit bei einer Alternativobligation handelt, nicht etwa deshalb, weil § 265 [3]) für den Fall der Unmöglichkeit der einen

---

„Dieser Anspruch (auf das negative Interesse bei Unmöglichkeit der Leistung) muss beiden Kontrahenten *gleichmässig* gewährt werden." Denn damit ist nur der Grundsatz der Haftbarkeit auf beiden Seiten ausgesprochen, aber keineswegs für beide Teile das gleiche Mass von Sorgfalt verlangt.

[1]) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist, oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist. [2]) Siehe Protokoll S. 454. [3]) Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.

Leistung das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen beschränkt und damit auch die Haftung auf das negative Interesse bezüglich der unmöglichen Leistung ausgeschlossen wäre; denn § 265 spricht nur von vertraglichen Ansprüchen, wie besonders auch der zweite Satz desselben beweist, wo nur von dem Unmöglich*werden* der Leistung die Rede ist.

Aber wie sollen wir uns die Haftung auf das negative Interesse bei einem Vertrag über eine Alternativobligation vorstellen und für welche Fälle dieselbe statuieren? § 262 lässt im Zweifel dem Schuldner die Wahl, welche der Leistungen er bewirken will. Dieser Schuldner, dieser Versprechende wird in der Regel bei der einfachen Obligation der sein, der für das negative Interesse aufzukommen hat. Ist nun eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so muss der Schuldner nach § 265 eine der andern Leistungen, bez. die andere Leistung entrichten. Damit ist das Wahlrecht des Schuldners beseitigt, aber keineswegs der Gläubiger, der Versprechensempfänger, schlimmer bestellt als bei allseitiger Möglichkeit; denn er ist in letzterem Falle doch der Willkür des Schuldners preisgegeben. Somit fällt für die Regel die Haftbarkeit des Promissars auf das negative Vertragsinteresse bei der Alternativobligation für alle jene Fälle ausser Betracht, wo auch nur eine der wahlweise versprochenen Leistungen anfänglich möglich war.

Eine Ausnahme wird nur dann Platz greifen, einmal, wenn die einzig anfänglich mögliche Leistung später zu einer unmöglichen wird infolge eines Umstandes, den der Versprechende nicht zu vertreten hat. Die Folge ist, dass nicht auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse geklagt werden kann, auf die von Anfang an unmögliche Leistung nicht wegen Nichtigkeit des Vertrages, auf die andern nicht, weil der Versprechende hiefür nicht aufzukommen hat. Soll nun letzterer nicht wenigstens für das negative Interesse haften? Gewiss verlangt dies die Konsequenz; und es lässt sich keineswegs dagegen geltend machen,

dass durch die nachfolgende Unmöglichkeit an der durch den Vertragsabschluss geschaffenen rechtlichen Situation nichts modifiziert werden dürfe; denn es besteht doch von Anfang an die Thatsache, dass die Aussicht auf Realisierung des Vertrages eine geringere war als der Versprechensempfänger voraussetzen und demgemäss sich auch bethätigen konnte. Nur dadurch müssen wir den alternativen Charakter des Versprechens wahren, dass wir dem Schuldner die Befugnis geben, das negative Interesse nach der einen oder andern Leistung zu berechnen, sie sei von Anfang an unmöglich oder erst nachträglich unmöglich geworden, bez. dadurch, dass wir das Erfüllungsinteresse von der einen oder andern Leistung als obere Grenzen fixieren. [1])

Die zweite Ausnahme ist zu statuieren für den Fall, dass die Wahl dem Gläubiger zugesichert ist. Wie dieser das Recht hat, bei nachfolgender, durch das Verschulden des Schuldners herbeigeführter Unmöglichkeit das Erfüllungsinteresse hiefür ersetzt zu verlangen, so kann er auch Anspruch erheben auf das negative Interesse rücksichtlich jener Leistung, die von Anfang an unmöglich war, selbstverständlich dolus oder Fahrlässigkeit des Schuldners vorausgesetzt. Und zwar ist es irrelevant, ob die andern Leistungen noch möglich sind; und wie beim Wahlrecht des Schuldners dieser, so hat in unserem Falle der Gläubiger das Recht, das negative Interesse auf Grund irgend einer der versprochenen Leistungen zu berechnen, bez.

---

[1]) Wir treten damit keineswegs in Widerspruch mit dem sog. Konzentrationsprinzip, das ohnehin in seiner Reinheit nur gilt bei Zufall und bei Verschulden des wohlberechtigten Teils. Letzterer trifft allerdings in unserem Falle zu und insofern liesse sich behaupten, dass der Schuldner nicht mehr das Recht hat, das negative Interesse auf Grund einer andern Leistung als der von Anfang an unmöglichen zu berechnen, bez. zu begrenzen. Allein anderseits ist doch die Eigenart des negativen Vertragsinteresses ins Auge zu fassen, die doch unter allen Umständen verlangt, dass der Gläubiger nicht mehr erhält, als ihm event. durch irgend welche Erfüllung zugekommen wäre.

bis zum Betrage irgend eines der verschiedenen Erfüllungsinteressen geltend zu machen.

Wie bereits bemerkt, haftet nach § 307 grundsätzlich nicht bloss der Versprechende, sondern auch der Versprechensempfänger. Wie gestaltet sich nun bezüglich letzterem das Verhältnis, sei es dass der Schuldner, sei es dass der Gläubiger das Wahlrecht hat? Die Lösung muss eine analoge der oben gegebenen sein; d. h., wenn der Gläubiger, der zugleich der Versprechensempfänger ist, das Wahlrecht hat, so wird einfach letzteres bei Unmöglichkeit einer der Leistungen reduziert, bez. aufgehoben, ohne dass der Schuldner das Recht hat, das negative Interesse der Forderung des Gläubigers gegenüberzustellen und eventuell zu verrechnen. Wohl aber steht dem Schuldner diese Befugnis zu, wenn er die Auswahl in der Leistung treffen kann, und zwar liegt es in seiner Macht, die obere Grenze beim Erfüllungsinteresse an der einen oder andern Leistung durchzuziehen, so dass unter Umständen der Schuldner mehr erhält als er selbst dem Gläubiger leisten muss; es trifft dies ganz besonders zu, wenn die anfangs möglichen Leistungen später ohne Schuld des Debitors unmöglich werden.

Die Bestimmung in § 309[1]) hat den Charakter einer Spezialanwendung von § 307; denn auch in diesem Falle haben wir es in Wirklichkeit mit einer anfänglich unmöglichen Leistung zu thun. Der Zweck dieser Sonderbestimmung ist offenbar nur der, den Zweifel an der grundsätzlichen Möglichkeit einer Haftung für diese Kategorie auszuschliessen, weil man zur Argumentation versucht sein könnte: Die Unkenntnis des gesetzlichen Verbotes beruht auf Rechtsirrtum und jeder Rechtsirrtum ist unentschuldbar, mithin auch ein Anspruch auf das negative Interesse wegen Fahrlässigkeit des sonst Ersatzberechtigten ausgeschlossen. Allein

---

[1]) Verstösst ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307 u. 308 entsprechende Anwendung.

dem B. G. B. ist eben die Auffassung fremd, dass jeder Rechtsirrtum ein unentschuldbarer sei, und daher die Konsequenz des § 309, dessen Anwendung immerhin eine seltene sein wird.

Dagegen kann von einer Unentschuldbarkeit der Nichtkenntnis der Ungültigkeit und damit von einem negativen Interesse schlechterdings nicht die Rede sein bei *unsittlichen Verträgen*, weil jeder wissen muss, was gegen die guten Sitten verstösst. [1]) Daher spricht auch § 309 ausdrücklich nur von Verträgen gegen ein *gesetzliches Verbot* und nimmt damit stillschweigend nur Bezug auf § 134 B. G. B., während in § 138 für unsittliche Verträge eine besondere Norm aufgestellt ist. Allgemein könnte man ja sagen: auch unsittliche Verträge verstossen gegen das gesetzliche Verbot, über unsittliche Leistungen Verträge abzuschliessen[2]); allein die Unsittlichkeit und damit die Ungültigkeit des Vertrages ist eben unabhängig vom gesetzlichen Verbot. [3])

Eine interessante Entwickelung hat unsere Frage des negativen Vertragsinteresses bei den Fällen des *Willensmangels* durchgemacht. Während der I. Entwurf sowohl bei bewusster Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung (§ 97) als auch bei Irrtum (§ 99) und unrichtiger Übermittelung des Willens (§ 101) den Vertrag gültig sein lässt, sobald grobe Fahrlässigkeit des Urhebers vorliegt, hat man auf der andern Seite, in striktem Gegensatze dazu, den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse von einem Verschulden abhängig gemacht. Be-

---

[1]) s. Planc, Unmöglichkeit der Leistung S. 82. [2]) Anders Zitelmann, l. c. S. 64, welcher meint: „Nicht jedes verbotene Rechtsgeschäft ist auch sittlich verwerflich, — was unbestreitbar richtig ist — und ebenso nicht, wenigstens formell, jedes sittlich verwerfliche Rechtsgeschäft verboten. [3]) Der I. Entwurf enthielt in dem analogen § 347 die Bestimmung: Auf einen Vertrag, dessen Schliessung durch Gesetz verboten oder welcher auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet ist, finden die Vorschriften der §§ 345, 346 entsprechende Anwendung. Sachlich ist damit nichts anderes gesagt als mit § 309 des Gesetzes; auch § 347 denkt nicht an unsittliche Verträge. Siehe Motive II, S. 180.

merkenswert ist es auch, dass, wenn auch der groben Fahrlässigkeit des Erklärenden nur eine leichte des Versprechensempfängers gegenübersteht, dieser nicht einmal Schadenersatz verlangen kann, obwohl er doch minder schuldig ist, als sein Gegner. [1])

Man hat jedoch schon in der zweiten Lesung [2]) den ersten Standpunkt verlassen, weil es eine Anomalie sei, bei grober Fahrlässigkeit Gültigkeit anzunehmen, der Unterschied zwischen dolus und culpa lata immerhin gross und die Grenze zwischen letzterer und culpa levis schwer zu ziehen sei: Auf der andern Seite liess man das Erfordernis eines Verschuldens für den Anspruch auf das negative Interesse fallen; [3]) dagegen schuf man eine Ausnahme für den Fall, dass eine Willenserklärung infolge höherer Gewalt unrichtig übermittelt wurde. [4]) Diese Sonderbestimmung hat man aber später wieder beseitigt und so enthält das Gesetzbuch in § 122 [5]) sowohl für den Fall des

---

[1]) Nach Zitelmann l. c. S. 22 hätte die aufgestellte Alternative: grobe Fahrlässigkeit — Gültigkeit; leichte Fahrlässigkeit — Schadenersatz verhindert, für einen solchen Fall eine Schadenersatzpflicht zu statuieren. [2]) s. Protokoll S. 98 u. 102. [3]) Ein in der zweiten Lesung gestellter Antrag, bei Verschulden für das volle negative Interesse, bei Nichtverschulden nur für das damnum emergens haften zu lassen, wurde abgelehnt, weil es zu kompliziert sei, hinsichtlich Umfang der Haftpflicht zu unterscheiden zwischen verschuldetem und unverschuldetem Irrtum, hinsichtlich des Grundsatzes der Haftpflicht aber nicht. Nicht besser ging es zwei andern Anträgen, bei Irrtum jede Bestimmung über Schadenersatz wegzulassen und nur das Recht der Anfechtbarkeit zu gewähren, sofern der andere Teil den Irrtum kannte oder kennen musste, siehe Protokoll S. 108. [4]) siehe Protokoll S. 102. [5]) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung jenem andern gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten, den Schaden zu ersetzen, den der Andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

Die Schadenersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).

Scherzes wie des Irrtums und der unrichtigen Übermittlung der Erklärung die einfache Regel, dass schlechterdings der Schaden, das negative Interesse zu ersetzen sei, sofern den Ersatzberechtigten kein Verschulden trifft.

Der I. Entwurf sprach immer nur vom *Empfänger* der Willenserklärung und man hat daraus den Schluss gezogen, dass bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen von einem Schadenersatzanspruch nicht die Rede sein könne.[1]) Diese Schlussfolgerung ist nun im Gesetzbuch, wie übrigens auch schon im II. Entwurf[2]), ausgeschlossen, indem hier die Bestimmung aufgenommen und dort festgehalten wurde, dass, wenn Willenserklärungen nicht einem bestimmten Andern gegenüber abzugeben waren, jedem Dritten der Schaden zu ersetzen sei. Damit ist keineswegs gesagt, dass jeder Beliebige, der auf irgend eine Weise von einer Erklärung Kenntnis erhält und daraufhin Anstalten trifft, Anspruch auf den Ersatz des negativen Interesses erheben kann; es gilt vielmehr jene Bestimmung nur dann auch für Dritte, wenn die Erklärung ihrer Natur nach für sie bestimmt ist.[3])

Noch weiter geht das B. G. B. bei der *Stellvertretung*, indem es in § 179 Alinea 1[4]) bestimmt, dass der falsus procurator dem Dritten nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadenersatz verpflichtet ist, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat. Mit letzterem ist keineswegs ein böswilliges Handeln des Stellvertreters vorausgesetzt;[5]) es kann letzterer auch in Erwartung der nachfolgenden Genehmigung gehandelt haben. Wir haben es demnach mit einem dolus im

---

[1]) s. Zitelmann l. c. S. 24 u. 31. [2]) s. Scherrer, S. 183. [3]) In diesem Sinne, aber auch nur in diesem Sinne sind die Auslassungen von Cosack, l. c. S. 203 richtig. [4]) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem andern Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadenersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung der Vertrages verweigert. [5]) s. Endemann, l. c. S. 353.

Sinne des gemeinen Rechtes zu thun, wo bekanntlich auch das Motiv keine Rolle spielt.

Schadenersatz ist in Alin. 1 nicht als negatives Vertragsinteresse, sondern als Erfüllungsinteresse oder noch besser als Geldersatz zu deuten.[1]) Das zeigt schon die Fassung des Alinea 1 und ein Vergleich desselben mit § 249, der die Definition von „Schadenersatz" enthält; denn der zum Ersatz verpflichtende Umstand, von welchem dieser Paragraph spricht, ist eben die Verweigerung der Genehmigung des Vertrages, auf welche der Schluss von Alinea 1 des § 179 hinweist. Dasselbe beweist der Umstand, dass dem Schadenersatz lediglich die „Erfüllung" gegenübergestellt ist und überall da, wo das Gesetz wirklich vom negativen Interesse spricht, dieser Begriff genau umschrieben ist. Der I. Entwurf drückte diesen Gedanken genauer aus, wenn er in § 125 der Erfüllung den Schadenersatz *wegen Nichterfüllung* gegenüberstellt und von der *persönlichen* Haftbarkeit des Stellvertreters spricht. Mit diesem „persönlich" soll nichts anderes angedeutet sein, als der Vertrag ist gültig zwischen dem Dritten und dem Vertreter, und es haftet daher letzterer zum mindesten nicht geringer als bei Vorhandensein einer Vollmacht der Vertretene. Durch die Weglassung des „persönlich" wie der Wendung „wegen Nichterfüllung" wurde sachlich nichts geändert.[2]) [3])

Nachdem man einmal den Vertreter in den vertraglichen Verpflichtungskreis gezogen, konnte man, soll der Dritte nicht auf der andern Seite der Gefahr der Schädigung ausgesetzt sein, nicht anders, als letzterem die Wahl zwischen Erfüllung

---

[1]) s. Hellmann, l. c. S. 109. [2]) Man hat in der zweiten Lesung betont, dass das „persönlich" überflüssig und nicht ganz bezeichnend sei; auch habe es an sonstigen Stellen des Entwurfes, z. B. §§ 1248, 1911, 1941 eine andere Bedeutung. Diese Furcht war doch wohl eine unbegründete. [3]) Nach Eck, l. c. S. 43 Anm. 1 wäre der Ausdruck Erfüllungsinteresse statt Schadenersatz vermieden worden, um auch Rechtsgeschäfte ohne Leistungsversprechen mitzuumfassen.

und Ersatz des Interesses geben, da ihm unter Umständen an der Erfüllung durch den Vertreter nichts oder sehr wenig gelegen, ja eine richtige Erfüllung durch denselben schlechterdings nicht möglich ist; denken wir an einen Vertrag über Handlungen, über Eingehung eines Societätsverhältnisses, an Verträge, wo der persönliche Kredit eine Rolle spielt. Wie ersichtlich, sind es Fälle, wo die Person der Vertragspartei wesentlich in Betracht kommt, und es ist fraglich, ob das Gesetz die Wahl des Dritten nicht richtiger ausdrücklich auf solche Fälle beschränkt hätte; denn mehr soll nach der Tendenz des Gesetzes der Dritte in keinem Fall erhalten, als wenn die Vollmacht wirklich vorhanden und somit der Vertrag zwischen ihm und dem Vollmachtgeber zu stande gekommen. So wenig der Dritte in letzterem Falle das Wahlrecht hat, so wenig soll man es ihm in jenem einräumen, wo an Stelle des Vertretenen der Vertreter tritt, ohne dass an der Person des Gegenkontrahenten etwas gelegen ist. Was über dieses Ziel hinausgeht, hat den Charakter der römischen actio doli an sich, welche in dieser Art dem B. G. B. allgemein fremd ist. So kann der Dritte nachträglich auf das Risiko des Vertreters hin spekulieren. Wenn eine Erfüllung durch den Stellvertreter unmöglich ist, so gilt als selbstverständlich, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes das Erfüllungsinteresse an deren Stelle tritt. [1])

---

[1]) Hellmann, l. c. S. 109 behauptet, dass unter dem Schadenersatz des § 179 Alinea 1 nichts anderes verstanden sei als Erfüllung. Wenn aber Erfüllung und soweit solche nicht möglich oder zur Entschädigung des Dritten nicht genügend sei, hätte nach § 251 der Vertreter *Geldersatz* zu leisten; man werde daher wohl richtiger eine Verpflichtung des Vertreters zur Erfüllung *und eventuell* zur Geldentschädigung anzunehmen haben. Es ist indes unrichtig, dass unter dem Schadenersatz nach § 249 im Zweifel die Erfüllung zu verstehen ist, zumal wenn er selbst der Erfüllung gegenübergestellt wird. Dagegen lässt sich nicht bestreiten, dass gerade in unserem Falle das Erfüllungsinteresse mit Geldersatz identisch ist. Hellmann sucht so auf dem Interpretationswege ins Gesetz hineinzulegen, was wohl de lege ferenda wünschenswert wäre, was aber einmal nicht hineingelegt werden kann.

Mehr interessiert uns die gesetzliche Bestimmung für den Fall, wo der Vertreter sich des Mangels der Vollmacht nicht bewusst ist. Der I. Entwurf, § 125, fühlte sich nicht veranlasst, diesbezüglich einen andern Weg einzuschlagen als bei Kenntnis des Mangels. Ob Kenntnis oder Unkenntnis, ob letztere verschuldet oder unverschuldet, immer Haftung auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse. Selbst grobe Fahrlässigkeit auf Seite des Dritten hindert oder reduziert diesen Anspruch nicht; und bei all diesem die Beweislast [1]) bezüglich Mangel der Vollmacht nicht auf den Schultern des Dritten, sondern der Gegenbeweis auf den des Vertreters. Mit Recht hat man diese weitgehende Haftung getadelt [2]) und in der zweiten Lesung hat es eine Menge von Abänderungsanträgen geregnet, [3]) welche alle mit Ausnahme eines einzigen (Antrag 7) auf Reduktion der Haftbarkeit hinzielten.

Schliesslich hat man das Mittel gewählt und in Alinea 2 des § 179 [4]) für den Fall der Nichtkenntnis des Mangels die Haftpflicht auf das negative Interesse beschränkt. Eine Schuld des Vertreters ist nicht erforderlich; dagegen ist der Anspruch des Dritten und zwar nicht bloss bei Unkenntnis, sondern auch bei Kenntnis auf Seite des Vertreters ausgeschlossen, sobald der Dritte sich irgend einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat; [5]) es betrifft also letztere Bestimmung nicht bloss das negative,

---

Wir müssen daran festhalten, dass es nicht heisst „Erfüllung *und event.* Geldersatz", sondern „Erfüllung *oder* Schadenersatz".

[1]) siehe darüber weiter unten. [2]) s. Zitelmann, l. c. S. 117. [3]) s. Protokoll, S. 156 u. ff. [4]) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere an der Wirksamkeit des Vertrages hat. [5]) Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsführung beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

sondern auch das Erfüllungsinteresse von Alinea 1 des § 179. Konsequenz liegt in dieser Norm nicht, vor allem nicht in Bezug auf Alinea 1; es heisst dies dem dolus und der culpa levis gleiche rechtliche Bedeutung beimessen und das Verschuldungsprinzip des B. G. B. über den Haufen werfen. Der Vertreter kann sich eines dolus schuldig gemacht haben und doch wird er von jeder Ersatzpflicht frei, wenn der Dritte auch eine noch so geringe Fahrlässigkeit begangen.[1])

Ebenso widerspricht zum Teil dem übrigen Inhalt die Bestimmung, dass der in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkte als Stellvertreter nicht hafte. Ein Ausschluss der Haftung auf das Erfüllungsinteresse liegt allerdings nahe, weil diesbezüglich der Gesichtspunkt der vertraglichen Verpflichtung vorwiegt; allein rücksichtlich des negativen Interesses hat eine so allgemein gehaltene Bestimmung keinen Sinn. Wenn man nach § 165 dem in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkten die Befugnis zur Vertretung giebt, so soll er füglich auch den bei dieser Vertretung veranlassten Schaden tragen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müsste man die Haftpflicht eines solchen Vertreters sogar für alle Fälle verneinen, selbst wenn die Voraussetzungen der Haftbarkeit aus unerlaubter Handlung gegeben sind. Allein dem Willen des Gesetzes entspricht dies offenbar nicht; die Haftung nach Massgabe von § 828 will mit § 179 Alinea 3 nicht ausgeschlossen sein.[2])

---

[1]) siehe Eck, l. c. S. 75. [2]) Eine Kommissionsminderheit in der zweiten Lesung hielt eine diesbezügliche Regelung nicht für notwendig, weil sich von selbst verstehend an Hand von §§ 65 u. 752; gerade in letzterem Paragraph ist die Haftung aus unerlaubter Handlung ausdrücklich vorbehalten. Diese Ansicht der Kommissionsminderheit, dass sich die aufgestellte Norm von selbst verstehe, mochte im übrigen richtig sein nach der Fassung des I. Entwurfes. Sobald man aber das negative Vertragsinteresse eingeführt, versteht sich die Freiheit des Minderjährigen von der Ersatzpflicht nicht ohne weiteres, um so weniger, als nicht einmal culpa als Thatbestandsmoment vorausgesetzt ist.

Es kann der Fall eintreten, dass der Dritte den Mangel der Vollmacht kannte oder wenigstens hätte kennen sollen, während der Vertreter selbst in bona fide war und seine Unkenntnis über den Mangel ihm in keiner Weise zur Schuld angerechnet werden kann. Wie, wenn die Genehmigung des Vertrages durch den Vertretenen in einem solchen Fall ausbleibt? Kann nicht der Stellvertreter seinerseits den Dritten für den Schaden belangen, welchen er beim und durch den Abschluss dieses Vertrages erlitten, ähnlich wie bei § 307 jeder Teil belangt werden kann? Diese Frage, welche man übrigens auch beim Irrtum aufwerfen kann, lässt das B. G. B. unbeantwortet. Und doch können solche Fälle sehr leicht eintreten, wenn man bedenkt, dass die Erteilung der Vollmacht und dementsprechend auch der Rückruf nicht bloss dem zu Bevollmächtigenden, sondern auch dem Dritten gegenüber rechtsgültig stattfinden kann. [1])

In der Regel wird allerdings der Vertreter auf Grund irgend eines Rechtsverhältnisses auf den Vollmachtgeber zurückgreifen können; aber es ist immerhin möglich, dass der Vertreter hinsichtlich Vollmachtserteilung oder Rücknahme in entschuldbarem Irrtume sich befindet ohne Schuld des frühern oder vermeintlichen Vollmachtgebers, während der Dritte über die Situation vollständig aufgeklärt ist oder doch aufgeklärt sein könnte. Ohnehin kann *neben* der Haftbarkeit des Vollmachtgebers diejenige des Dritten in Frage kommen, welche Frage nicht bloss einen akademischen Wert hat dann, wenn beim Vollmachtsgeber nichts zu suchen ist.

Es lässt sich nun nicht bestreiten, dass die Verhältnisse bei der Stellvertretung wesentlich die gleichen sind wie bei Unfähigkeit des Objektes, nicht bloss bezüglich der Möglichkeit, den Ungültigkeitsgrund vorher in Erfahrung bringen zu können,

---

[1]) siehe § 167 u. 168 B. G. B.

sondern auch hinsichtlich Veranlassung zum Abschluss des Vertrages; denn ebensogut als der Stellvertreter kann auch der Dritte den Anstoss zum Abschluss des ungültigen Vertrages geben. Insofern sollte in § 179 eine dem § 307 analoge Bestimmung getroffen sein, analog, d. h. es hätte nicht bloss bei culpa, sondern auch ohne solche der Dritte gleich wie der Stellvertreter zu haften, wenn jener und nicht dieser in concreto den Anlass zum Abschluss des Vertrages gegeben. Von einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse kann selbstverständlich bei ihm nicht die Rede sein. [1])

Da nun aber das Gesetz von einer Verpflichtung des Dritten auf das negative Interesse ausdrücklich nichts spricht, so muss auch diese in Abrede gestellt werden; immerhin sind die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen vorzubehalten.

Der Stellvertreter verliert als solcher nicht die Befugnis, im eigenen Namen zu handeln. Ob er nun letzteres thut oder als Stellvertreter sich bethätigt, darüber entscheidet sein eigener Wille. Die Präsumption spricht für Handeln im eigenen Namen und daher die Verpflichtung des Stellvertreters, seine Eigenschaft als letztern erkennbar zu machen. Kommt er dieser Aufgabe nicht nach, so ist er, wie das B. G. B. in § 164 Alinea 1 [2]) richtig bestimmt, als selbständig Verpflichteter haftbar, wenn man auch zugeben muss, dass das strenge Willensdogma mit einer solchen Norm nicht vereinbar ist. Es handelt sich hier nicht bloss um Anwendung des Grundsatzes über Mentalreservation, sondern auch, wie der Ausdruck „erkenn*bar*" ersehen lässt, um Fälle, wo der Stellvertretungswille bloss infolge Fahrlässigkeit nicht zum genügenden Ausdruck gelangt. Die diesbezüg-

[1]) Immerhin hat er nach § 178 bei Kenntnis der Sachlage nicht die Berechtigung zum Widerruf, sondern ist bis nach erfolgter Erklärung des Vertretenen gebunden nach Massgabe von § 177. [2]) Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

liche Haftbarkeit des Stellvertreters setzt voraus, dass den Gegner kein Verschulden trifft; denn sonst liesse sich von einem Mangel der Erkenn*barkeit* nicht mehr sprechen; der Gesetzgeber denkt ja an die Erkennbarkeit nach Lage der individuellen, konkreten Verhältnisse.

Die Frage des negativen Interesses muss endlich auch rücksichtlich des Vollmachtgebers aufgeworfen werden; denn auch ihm gegenüber können grundsätzlich die Grundlagen eines gültigen Vertrages fehlen, ohne dass er deshalb ausservertraglich ohne weiteres frei ausgeht. Wir denken dabei vor allem an das Erlöschen der Vollmacht, wobei § 170—173 des B. G. B. in Betracht kommen. Das B. G. B. huldigt auch in dieser Richtung grundsätzlich dem Willensdogma; denn sonst könnte nicht nach § 173[1]) die Haftung des Vertretenen wegfallen, sobald der Dritte vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis haben *muss*. Letztere Bestimmung will die individuellen Verhältnisse berücksichtigt wissen; ist der Widerruf der Vollmacht entsprechend der Erteilung und mit Beobachtung der Vorschriften der §§ 170 u. ff. erfolgt, dann ist das Erlöschen derselben objektiv erkennbar; dann kann von einer Fortexistenz der Vollmacht schlechterdings nicht mehr die Rede sein, auch nicht mehr gegenüber einem Dritten, der von diesem Erlöschen keine Kenntnis hatte und haben konnte. Der Dritte muss in einem solchen Falle den Schaden an sich selber tragen, event. auf den Stellvertreter abwälzen.

Es ist nun aber denkbar — und solche Fälle hat eben § 173 im Auge — dass die Normen über Widerruf nicht beohachtet sind und trotzdem in concreto infolge individueller Verhältnisse der Dritte von dem allerdings an sich noch nicht in

---

[1]) Die Vorschriften des § 170, des § 171 Abs. 2 und des § 172 Abs. 2 finden keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss.

rechtsgültiger Form erfolgten Widerruf der Vertretungsmacht Kenntnis hat und haben konnte. Dass bei wirklicher Kenntnis dieser Sachlage auf Seite des Dritten dieser sich nicht mehr auf die Vollmacht stützen kann, ist selbstverständlich; aber dass ihm die Berufung auf §§ 170, 171 u. 172 auch beim blossen Kennenmüssen entzogen wird, ist eine nicht zu rechtfertigende Bestimmung. Der Vollmachtgeber soll zuerst das thun, wozu er rechtlich verpflichtet ist, bevor er auf die blosse Fahrlässigkeit anderer soll abstellen dürfen. [1])

Aus dem Gesagten geht hervor, dass nach dem B. G. B. von einem negativen Interesse bezüglich des Vollmachtgebers nicht die Rede sein kann; denn entweder dauert die Vollmacht noch fort und dann selbstverständlich Haftung auf das Erfüllungsinteresse; oder die Vollmacht ist erloschen infolge regelrechten Widerrufs oder ausnahmsweiser Verhältnisse und dann fällt jede Haftpflicht weg.

Beim *Widerruf der Offerte* spielt das negative Interesse ebenfalls keine Rolle; denn nach § 145 u. ff. ist wie beim S. O. R. der Antragsteller — es sind Verträge unter Abwesenden vorausgesetzt — an den Antrag gebunden bis zu dem Zeitpunkt, wo ein Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwartet werden darf. — Eine dem Art. 5 Abs. 2 des S. O. R. analoge Bestimmung hat das B. G B. in § 149 getroffen, immerhin mit zwei Modifikationen, von welchen die eine zu billigen, die andere zu tadeln ist. Es hat nämlich der Antragende nicht wie im S. O. R. das Wahlrecht zwischen Gebundensein, d. h. Erfüllung und Schadenersatz, d. h. Ersatz des negativen Interesses, sondern er ist, wenn er von der verspäteten Annahme nicht unverzüglich Anzeige macht, an den Vertrag gebunden. In diesem Punkte hat das B. G. B. den richtigen Weg einge-

---

[1]) Das S. O. R. ist deshalb mit seiner Bestimmung in Art. 44 Alinea 2 vorzuziehen.

schlagen. Dagegen geht es offenbar zu weit, wenn es bei blosser Fahrlässigkeit des Offerenten[1]) denselben zur Erfüllung oder Leistung des Erfüllungsinteresses verpflichtet. Wenn der Offerent sich des verspäteten Einganges der rechtzeitig abgegangenen Annahmeerklärung bewusst ist und trotzdem nicht reagiert, so kann man mit gutem Grund präsumieren, der Offerent trete auch jetzt noch auf den Antrag ein oder man kann ihn wenigstens dementsprechend behandeln. Liegt aber nur Fahrlässigkeit vor, so dürfte die blosse Haftung auf das negative Interesse der Billigkeit weit mehr entsprechen.

γ) In den ausländischen Gesetzgebungen.

1. Das *preussische Landrecht* geht in einzelnen Materien weit über das in den Quellen Verbürgte hinaus.[2]) Zunächst macht jede ausservertragliche Verschuldung, die mindestens mittlern Grades ist, den Beschädiger haftbar, allerdings in verschiedenem Umfange je nach der Grösse der Verschuldung.[3]) Noch weiter geht I, 6 § 41 mit der Bestimmung, dass der Schaden, welchen Wahn- und Blödsinnige oder Kinder unter 7 Jahren anrichten, aus deren Vermögen zu entrichten sei, vorausgesetzt, dass die Vormünder oder Aufseher sich rücksichtlich der ihnen obliegenden Aufsicht nichts haben zu Schulden kommen lassen (§ 42 u. 57), sowie mit billigem Vorbehalt in Ansehung des Unterhaltes und der Erziehungskosten. Es verpflichtet ferner den Offerenten, wenn die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung verspätet ankommt, zu einer diesbezüglichen Mitteilung an den Oblaten bei Strafe des Schadenersatzes für gemachte Aufwendungen, sofern er von der Offerte zurücktreten will.[4]) Wesent-

[1]) Die Wendung: „. . . . *musste* der Antragende dies erkennen" sagt, dass auch dann, wenn der Antragende fahrlässiger Weise die Verspätung nicht erkannt hat, derselbe bei der Offerte behaftet werden kann. [2]) Vergl. hierüber Dernburg, preuss. Privatr. II, S. 33 u. 690. [3]) I, 6, § 10 u. 12. [4]) I, 5, § 105.

licher Irrtum macht den Vertrag nichtig; ist jedoch der erklärende Teil durch eigenes grobes oder mässiges Versehen in den Irrtum geraten und der andere Teil wusste nichts vom Irrtum, so ist ihm Ersatz des hiedurch erwachsenen Schadens zu leisten.[1]) — Nach I, 13 § 9, § 96, § 128 u. § 171 steht, wer schuldhafter Weise als falscher Mandatar oder gesetzlicher Vertreter in fremdem Namen handelt, für den Schaden ein, welcher dem andern Teil durch die Täuschung erwächst. — Der Minderjährige, das Hauskind, die Ehefrau, welche den Irrtum des andern Teils über ihre Handlungsunfähigkeit veranlasst haben, wenn auch nur durch leichtes Verschulden, sind ebenfalls haftbar. — Bei Unmöglichkeit der Leistung[2]) wird die Verpflichtung zur Schadloshaltung nur erwähnt für den Fall, dass dem Promittenten die Unmöglichkeit bekannt war; diese Lücke würde teilweise ausgefüllt durch die allgemeine Bestimmung in I, 6 § 10 u. 12, müsste man nicht nach allgemeiner Regel der Specialbestimmung den Vorzug geben, so eigentümlich das Resultat in unserm Fall lautet. Bezüglich res extra commercium[3]) kann es zweifelhaft sein, ob unter dem Schadenersatz das negative oder das Erfüllungsinteresse zu verstehen ist. Die ganze Behandlungsweise dieser Materie seitens des Gesetzgebers deutet eher auf das letztere hin.

Wollen wir demnach den Charakter des preussischen Landrechtes dem des S. O.-R. in einem Satz gegenüberstellen, so müssen wir sagen: Jenes ist im Prinzip weniger streng als dieses, während es in einigen Fällen die Haftbarkeit weiter ausdehnt als das S. O.-R.

2. Auch das *allgemeine bürgerliche österreichische Gesetzbuch* geht bezüglich der ausservertraglichen Schadenersatzpflicht weiter als das römische und gemeine Recht, indem es in § 1295 bestimmt: „Jedermann ist berechtigt, vom Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat,

---

[1]) I, 4, § 79. [2]) I, 5, § 53. [3]) I, 5, § 63.

zu fordern; der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“ Immerhin ist damit das negative Vertragsinteresse nicht sanktioniert für die Fälle mangelnder böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit gemäss § 1323 u. 1324, wornach, wenn jene Schuldmomente fehlen, Schadenersatz den entgangenen Gewinn nicht mitumfasst. Es lässt sich daher auch nicht § 1310: „Wenn Wahn- und Blödsinnige oder Kinder jemanden beschädigen, so kann mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten auf den ganzen Ersatz oder doch einen billigen Teil desselben erkannt werden“ als Beispiel für das negative Vertragsinteresse anführen, weil hier natürlich von einer bösen Absicht oder auffallenden Sorglosigkeit nicht die Rede sein kann, was aber nicht ausschliesst, den in dieser Bestimmung liegenden Gedanken zu verwerten.

Eine Anwendung des Grundsatzes bilden § 866: „Wer listiger Weise vorgiebt, dass er Verträge zu schliessen fähig sei und dadurch einen andern, der darüber nicht leicht Erkundigungen einholen konnte, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.“ § 248: „Ein Minderjähriger, welcher sich nach zurückgelegtem 20. Jahr bei einem Geschäft für grossjährig ausgiebt, ist für allen Schaden verantwortlich, wenn der andere Teil vor Abschliessung des Geschäftes nicht wohl erst Erkundigungen über die Wahrheit des Vorgebens einholen konnte. Überhaupt ist er auch in Hinsicht auf andere verbotene Handlungen für den durch sein Verschulden verursachten Schaden sowohl mit seiner Person als auch mit seinem Vermögen verantwortlich.“ Und endlich § 869: . . . „Wer sich, um einen andern zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.“ Wir können nämlich aus dem Schweigen bezüglich Fahrlässigkeit nicht schliessen, dass beim Vorliegen derselben jede Ersatzpflicht ausgeschlossen ist; § 866 u. 869 sprechen ausdrücklich nur von Genugthuung (vergl. § 1323) und dieselbe Be-

deutung hat wohl auch „für allen Schaden verantwortlich" in § 248. Es bleibt mithin bezüglich einfachem Schadenersatz die allgemeine Bestimmung der §§ 1295 u. 1323 u. 1324 massgebend, wofür besonders auch der zweite Satz des § 248 spricht; immerhin mit der Modifikation, dass volle Genugthuung bei auffallender Sorglosigkeit nicht geleistet werden muss; denn jene speciellen Bestimmungen gehen der letztern allgemeinen vor; sie wollen aber diejenigen Fälle, wo Genugthuung verlangt werden kann, voll erschöpfen. — Nach demselben Masstabe ist auch § 878, der von der Unmöglichkeit der Leistung handelt, zu beurteilen.

Eine schonendere Behandlung der Fahrlässigkeit stünde auch im Widerspruch mit der weitgehenden Haftung des § 876: „Wenn der Versprechende selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrtum Schuld ist, so besteht der Vertrag, es sei denn, dass dem annehmenden Teil der obwaltende Irrtum offenbar aus den Umständen auffallen musste." Es ist hier ein Gedanke ausgesprochen, der ansonst erst in der neuern Rechtswissenschaft seine Vertreter gefunden.

Im allgemeinen kann man sagen: Das österreichische Gesetzbuch hat den einmal aufgestellten Grundsatz konsequent durchgeführt; aber weil jener zu milde, so muss man auch den einzelnen Folgerungen den Vorwurf der Laxheit machen, um so mehr als diese hier bisweilen noch weiter getrieben ist.

3. Der *code civil français* und *das italienische Gesetzbuch* begnügen sich mit der Aufstellung einer allgemeinen Schadenersatzverbindlichkeit, die jedoch weiter reicht als die der vorerwähnten Gesetzbücher, dieses in § 1511: „Jede Handlung des Menschen, welche andere beschädigt, verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden dies geschah, zum Schadenersatz" und § 1152: „Jedermann ist nicht nur für den durch eigene Handlungen, sondern auch für den durch eigene Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursachten Schaden verantwortlich"; jenes in Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui

un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer"; und in Art. 1383: „Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence." Bloss Art. 1310: „Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit" enthält eine hierauf bezügliche Specialbestimmung. — Man hat versucht, faute in Art. 1382 als gleichbedeutend mit fait zu fassen, wie denn auch andere Stellen, z. B. Art. 1999 ausdrücklich von einer faute imputable reden und Art. 1383 geradezu von einem blossen fait spricht. Indes steht in letzterem Artikel fait im Gegensatz zur nachfolgenden négligence und imprudence und muss demnach dolus bezeichnen, und da dieser Artikel auf Art. 1382 Bezug nimmt, nur eine nähere Erläuterung dieses ist, so geht daraus hervor, dass faute des Art. 1382 nur dolus und culpa umfasst.

4. Ungefähr auf demselben Standpunkt steht das *bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen.* Nach § 773 kann auf Grund von unerlaubten Handlungen der durch dieselbe Verletzte Schadenersatz verlangen; denn sicher sind hier unter unerlaubten, rechtswidrigen Handlungen auch Verletzungen allgemeiner Rechtspflichten inbegriffen. Denselben Gedanken drückt § 116 aus mit den Worten: „Wer durch Handlungen, seien es Begehungen oder Unterlassungen, die Rechte eines andern verletzt, ist, wenn ihm eine Verschuldung zur Last fällt, dafür einzustehen verpflichtet." Die diesbezügliche Haftung auch der Minderjährigen wird ausdrücklich anerkannt in § 1824: „In Fällen, in welchen Verbindlichkeiten ohne Willenshandlung oder aus unerlaubten Handlungen oder unmittelbar aus gesetzlichen Gründen entstehen, werden Minderjährige, welche in väterlicher Gewalt stehen, ohne Einwilligung des Vaters verpflichtet"; und indirekt in § 119 in Verbindung mit § 81 u. § 47, wonach die Handlungsfähigkeit mit dem 7. Lebensjahr beginnt und demnach auch von diesem Zeit-

punkt an eine Verschuldung zur Last gelegt werden kann. Ähnlich verfügt § 1914 für Bevormundete überhaupt.

Der falsus procurator kann auf Schadenersatz oder auf Erfüllung belangt werden (§ 789). Bei ursprünglich objektiv unmöglicher Leistung ist ein Schadenersatzanspruch zulässig, wenn der Irrtum des Versprechenempfängers über die Unmöglichkeit der Leistung ein unverschuldeter, derjenige des Versprechens aber ein verschuldeter gewesen ist.[1]) Ähnlich lautet die Bestimmung bei Irrtum (§ 844, 688).

Wir sehen demnach, dass die Frage des negativen Vertragsinteresses doch auch etwelche praktische Bedeutung hat, indem die modernen Gesetzgebungen dasselbe, sei es durch eine allgemeine Bestimmung, sei es durch specielle Verfügungen, in ihr System aufgenommen haben. — Aber als Juristen dürfen wir uns mit einer blossen Schilderung der lex lata nicht begnügen; wir müssen auch eine dem betreffenden System entsprechende Konstruktion versuchen, um so das Wesen des negativen Vertragsinteresses besser zu ergründen. Wir beschränken uns indes hier, der Aufgabe gemäss, auf das gemeine Recht, das S. O.-R. und das B. G. B., umsomehr, als die Verschiedenheit der Systeme in diesen drei Rechten eine grundsätzliche Behandlung der Frage nach allen Seiten hin leicht ermöglicht.

3. Juristische Konstruktion.

a) Nach gemeinem Recht.

Da wir hier auf der Grenze zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Verpflichtung stehen, so ist es leicht begreif-

[1]) Werthauer, Über den Einfluss des Irrtums auf Verträge S. 78, meint sogar, Verschuldung bedeute hier so viel wie Verursachung, was aber jedenfalls unhaltbar ist.

lich, dass die juristische Litteratur mannigfache Konstruktionsversuche aufweist, von der eigentlichen Kontraktsklage aus zu stande gekommenem Vertrag, wenn auch nicht mit dem beabsichtigten Inhalt, bis hinab zur Haftung auf Grund von Treu und Glauben. Man spricht von einem stillschweigenden Garantievertrag, von Garantie, von Mandat; die einen begnügen sich mit einer blossen actio doli, die andern stützen den Anspruch schon auf culpa. Prüfen wir kurz diese verschiedenen Konstruktionen auf ihre juristische Haltbarkeit.

α) Eigentliche Kontraktsklage.

Von zwei Klassen Schriftstellern müssen wir hier absehen: von jenen, welche den beabsichtigten Vertrag als zu stande gekommen betrachten und mithin eine Klage auf Erfüllung, bezw. Erfüllungsinteresse geben, und von den römischen, welche zwar den Vertrag für ungültig erklären, aber trotzdem die Kontraktsklage auf Schadenersatz gewähren. Wir haben es hier lediglich mit derjenigen Ansicht zu thun, welche einen Vertrag, wenn auch nicht das beabsichtigte Rechtsverhältnis entstehen lässt, woraus dann auf das negative Vertragsinteresse geklagt wird.

Als Repräsentant dieser Richtung tritt uns entgegen Köppen.[1]) Er stellt zunächst den Satz auf, dass Consens nicht ein wesentliches Erfordernis für den Abschluss des Vertrages überhaupt sei, sondern nur für die Existenz oder den Bestand des im fertigen Vertrag als gewollt erklärten Rechtsverhältnisses. Stellt die Zustimmung keine Übereinstimmung dar, so bringt der trotzdem zu stande gekommene Vertrag statt der Verpflichtung auf Erfüllung wegen culpa eine Verpflichtung auf Schadenersatz hervor; denn die Schuld ist eine kontraktliche. Sodann soll nach Köppen das

---

[1]) Jahrb. d. Dogm. XI, 1871; siehe auch oben. Eine eingehende Widerlegung Köppens nach dieser Richtung liefert Drexler, S. 30—48.

Versprechen bei obligatorischen Verträgen, nicht aber bei dinglichen und liberatorischen schon an sich obligierende Wirkung haben und daher ein Widerruf der Offerte unmöglich sein. Zum Überfluss giebt der Verfasser selbst das eigentliche Motiv für seine rechtliche Deduktion an: „Man muss eine Theorie an ihrer praktischen Ausführbarkeit prüfen; vermag deshalb eine Vertragstheorie, welche folgerichtig aus der heutigen Vertragsdefinition sich ergiebt, diese Probe der Brauchbarkeit nicht zu bestehen, so ist damit erwiesen, dass der Begriff des obligatorischen Vertrages, also die Basis der Theorie nicht in Übereinstimmung mit der ihm nach den Lebensverhältnissen innewohnenden Natur gebildet ist, da er den Bedürfnissen des Lebens nicht genügt."

Allein schon dieser Standpunkt ist einem positiven Recht gegenüber durchaus ein verfehlter; wir müssen Gesetz und Recht zunächst aus diesen selbst erklären, nach den Anschauungen, die in der Gesamtheit der Rechtssätze niedergelegt sind, nach den Zwecken, die sie verfolgen, mögen auch die Rechtsansichten von heute damit im Widerspruch stehen, mögen sie auch den Bedürfnissen der Gegenwart nicht genügen. Jene Annahme setzt voraus, nicht bloss dass das Recht den Bedürfnissen seiner Periode, sondern den aller Zeiten entspricht. Letzteres können wir vernünftiger Weise nicht verlangen, weil die Bedürfnisse des Verkehrs selbst mit der Zeit verschiedene Gestalt annehmen; ersteres setzt seinerseits wieder ein vollkommenes Recht voraus. Das ist aber nicht ausnahmslose Regel im Rechtsleben der Völker, im Gegenteil; und auch für das römische Recht muss man, bei aller Hochachtung für dasselbe, trotz seiner feinen systematischen Durchbildung behaupten, dass es den Anforderungen eines für das praktische Leben bestimmten Institutes nicht immer entsprochen hat.

Selbst da, wo Gesetzgeber und Gesetz dunkel sprechen, müssen wir darüber Licht zu verbreiten suchen zunächst mittelst des bestehenden Rechtes und nicht allgemeiner Rechtanschauungen;

letztere können erst da Platz greifen, wo jenes Hülfsmittel versagt. Hier können und sollen wir das Naturrecht, wenn man es so nennen will, zu Hülfe ziehen; hier sprechen wir ja von der Natur der Sache, von Treu und Glauben, von den Grundsätzen der Billigkeit und Gerechtigkeit.

Nun könnte man vielleicht erwidern: das positive Recht hat mit der Konstruktion nichts zu thun; es bestimmt lediglich die Rechtsfolgen gewisser Thatbestände und unterlässt es daher auch vielfach, scharf begrenzte Definitionen, wie man es von der Wissenschaft verlangen muss, aufzustellen. Der Vertragsbegriff ist ein Produkt des menschlichen Verkehrs und nicht etwas vom Recht Erzeugtes und daher auch der Vertrag in seinem Wesen unabhängig vom Recht. Dieses hat die Freiheit zu bestimmen, unter welchen Bedingungen aus Verträgen Rechtsfolgen entstehen; Verträge, welche diesen Bedingungen nicht genügen, sind rechtlich unwirksam, aber Verträge im Natursinn sind sie doch. [1])

Gewiss müssen wir dem positiven Recht die Macht absprechen, die Logik auf die Seite zu setzen; aber wenn es anderseits einen Thatbestand nach Belieben mit Rechtsfolgen versehen kann oder nicht und nach seiner Wahl mit jenen oder diesen, so muss man, so lange man sich auf dem Boden des positiven Rechts bewegt, jenem Thatbestand auch einen Namen verleihen, der jenen Wirkungen entspricht. Spricht z. B. das Recht einem Thatbestand jede rechtliche Folge eines Vertrages ab, so kann man jenen niemals als Vertrag bezeichnen, man wollte sich denn in Widerspruch setzen mit der allgemeinen Regel der positiven Rechtsordnung, die übrigens auch der natürlichen Auffassung entspricht, dass jeder Vertrag die rechtliche Macht giebt, die Erfüllung desselben zu erzwingen. So widerspricht sich denn auch Köppen, wenn er trotz mangelnder Willensübereinstimmung einen Vertrag konstruiert, aber schliesslich aus demselben doch

[1]) So Eisele, S. 439.

nur auf das negative Vertragsinteresse klagen lässt und damit gleichsam niederreisst, was er vorher aufgebaut, und gegen das positive Recht sich versündigt.

Das ist um so mehr der Fall, wenn das Recht selbst eine Definition an die Spitze stellt, wenn es erklärt, wann es einen Vertrag als zu stande gekommen betrachte. Würde dieselbe den Bedürfnissen des Verkehrs und den Ansichten des gesunden Menschenverstandes noch so sehr widersprechen, so müsste man sich doch bei Schlussfolgerungen an dieselbe halten und wo das Recht an einen Thatbestand die regelrechten Folgen eines Vertrages nicht anknüpft, jenem auch den Charakter eines Vertrages absprechen. [1]) Gerade deshalb wird sich aber auch das positive Recht hüten, zu viel allgemeine Bestimmungen aufzustellen, weil man nur zu leicht versucht ist, letztere nach den Grundsätzen des Naturrechtes und oft vermeintlichen Verkehrsbedürfnissen zu specialisieren und Thatbestände darunter zu subsumieren, welche der Gesetzgeber in Wirklichkeit als besondere Kategorie behandelt wissen wollte. Der Menschengeist hat einmal das Bestreben, alles auf möglichst einfache Elemente und allgemeine Normen zurückzuführen; aber dadurch wird man oft der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht gerecht. So auch in unserer Frage; man will einen Vertrag herbeizaubern, ohne zu bedenken, dass das Recht doch ebenso gut, auch ohne jenes Medium an den betreffenden Thatbestand gewisse Rechtsfolgen knüpfen kann, [2]) und dass letztere nicht immer den Rechtsfolgen eines Vertrages gleichkommen. — Wenn das römische und gemeine Recht die blosse culpa als allgemeinen Obligationsgrund nicht

---

[1]) Wenn wir vom Vorhandensein einer bestimmten Verpflichtung auf einen Vertrag schliessen, während doch in Wirklichkeit die Verpflichtung aus dem Vertrag stammt, so bewegen wir uns deshalb in keinem Zirkel; denn der Weg des Seins ist oft gerade der entgegengesetzte von dem des Erkennens; wir schliessen mit Fug und Recht von der Wirkung auf die Ursache, während doch naturnotwendig die Ursache das Erstere sein muss. [2]) Vergl. die negotiorum gestio.

anerkannt, so wussten sie doch auch in den Fällen der actio legis Aquiliae eine Ausnahme zu machen. Warum sollte es ihnen unmöglich sein, auch in unserem Gebiet auf blosser culpa eine Verpflichtung aufzubauen, ja von jeder Schuld als Voraussetzung abzusehen? Sollte man deshalb genötigt sein, auf jede mögliche und unmögliche Weise einen Vertrag zu konstruieren?

Das Recht soll nur Willenserklärungen beherrschen können, meint Köppen, die schon Rechtsgeschäfte sind, während doch auch nach jenem Verfasser gerade das Recht diese Willenserklärungen als Rechtsgeschäfte erklärt, also eine Herrschaft an ihnen ausübt; es giebt überhaupt keine andere Möglichkeit, als dass die Rechtsordnung und das Recht in letzter Linie an etwas rein Thatsächliches anknüpft.

Was die Konsensfrage speciell betrifft, so fühlt sich doch Köppen selbst verpflichtet, einen Stützpunkt in den Quellen zu suchen und er wagt daher das Unternehmen, dem Worte consensus einen neuen Sinn unterzuschieben. Seit ihm hat Leonhard in einer weitgehenden Untersuchung [1]) bei ähnlicher Zweckverfolgung denselben Beweis erbringen wollen. Allein er hat unseres Wissens von keiner Seite Anklang gefunden, selbst nicht bei denjenigen, die dem Resultate nach mit ihm übereinstimmen. [2]) Beide hätten sich das zu Gemüte führen dürfen, was Leonhard selbst seinen Gegnern vorwirft, dass sie eine vorgefasste Meinung in die Quellen hineintrügen. Die Quellen tragen die herrschende Lehre nicht bloss in einzelnen Anwendungsfällen vor, sondern auch in allgemeinen diesbezüglichen Regeln und wollte man auch letztern gemäss dem Charakter der Quellen und der römischen Jurisprudenz geringen Wert beilegen, so kann doch eine ent-

---

[1]) Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. [2]) Vergl. besonders Regelsberger, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXIX, S. 113; Lotmar, krit. Vierteljahrsschr. XXV, S. 369 u. ff. XXVI, S. 224 u. ff. Mandry, Arch. f. d. civ. Prax. LXVI, S. 483; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 107 u. ff.

gegengesetzte Folgerung aus einigen zweifelhaften Stellen mit Fug und Recht abgelehnt werden.

Wir lassen uns daher auch nicht näher auf diese Frage ein; bloss das ist zu konstatieren, dass, wenn selbst der Beweis, Konsens bedeute Übereinstimmung der Erklärungen und nicht der Willen, als gelungen zu betrachten wäre, dann immer noch das grosse Feld mangelnder Erklärungsübereinstimmung übrig bliebe. Hier kann auch nach Köppen nur die Annahme oder vielmehr Fiktion eines Garantievertrages Hülfe bringen.

Sodann erscheint es merkwürdig, warum bloss beim Vorhandensein einer culpa ein Vertrag zu stande kommen soll; würde der blosse äussere, scheinbare Vertragsabschluss hiezu genügen, so läge doch wenigstens irgendwelche Konsequenz in dieser Konstruktion; so aber spricht man einerseits der culpa die Kraft ab, eine rechtliche Verpflichtung zu begründen und verleiht ihr doch anderseits die grössere Macht, vertragsbegründender Faktor zu sein und damit indirekt vertragliche Verpflichtungen zu erzeugen. Die Konstruktion eines Vertrages kann niemals bewirken, dass die vorausgehende culpa eine vertragliche ist; denn sie steht ein für allemal ausserhalb jedem Vertragsverhältnis.

Konsequenter geht Köppen bei der Frage der Offerte vor. Wenn der Offerent bereits durch die Offerte creditor conditionalis wird, so kann weder für ihn noch für den Oblaten von einem negativen Vertragsinteresse die Rede sein, für jenen nicht, weil es nicht in seiner Macht steht, die Bedingung zur Erfüllung zu bringen oder nicht, er somit entweder auf das Erfüllungsinteresse haftet auf Grund des vollständig zur Perfektion gelangten Vertrages oder dann auf gar nichts; für diesen nicht, weil die Bedingung eine rein potestative ist und er somit bei Nichtannahme nur von einem guten Recht Gebrauch macht.

Wäre übrigens die Lösung Köppens auch eine richtige, so wäre damit nur für den Fall der Divergenz zwischen Wille und Erklärung, nicht aber für die andern hiehergehörigen Fälle

etwas gewonnen. Indes bauen auch bei letztern die Quellen die Klage keineswegs auf dem eigentlichen Vertrag auf. Dass die actio in factum des Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7 eine solche Vertragsklage nicht sein kann, ist bereits oben dargethan worden. Dagegen kann auch Fr. 62 § 1 D d. contrah. empt. 18, 1 u. § 5 I. d. empt. et vend. 3, 23 nicht ins Feld geführt werden. Es lag gewiss sehr nahe, dass der Prätor dem Thatbestand, welchen er dem Judex zur Beurteilung unterbreitete, eine möglichst einfache Bezeichnung gab, um so mehr als dem Geschwornen an der juristischen Qualifizierung jenes Thatbestandes wenig gelegen sein mochte und anderseits der Prätor die rechtlichen Folgen desselben näher präzisieren und dadurch eine allfällige falsche Schlussfolgerung verhindern konnte. Angesichts des Formalismus der Römer einerseits und ihres Konservativismus anderseits lässt sich leicht begreifen, dass das ursprüngliche Klagensystem weder nach der vertraglichen noch ausservertraglichen Richtung hin genügte und man daher genötigt war, von der ursprünglichen Gepflogenheit, mit dem Namen auch den materiellen Anspruch zu bezeichnen, vielfach abzugehen. [1])

Es würde endlich die Annahme eines Vertrages mit der allgemeinen und auch im gemeinen Recht herrschenden Anschauung über die Bedeutung des Privatwillens beim Zustandekommen des Vertrages und des Rechtsgeschäftes überhaupt im Widerspruch stehen. Wir mögen uns auf den Standpunkt jener, welche das Wollen des rechtlichen Erfolges seitens der

---

[1]) Leonhard (Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXVI, S. 303) meint, der Name der Vertragsklage könne nicht zur Geltendmachung aller Ansprüche benutzt werden, welche infolge der äussern Thatsache der Abschliessung des Vertrages entstanden waren; man solle den Grundsatz bedenken: judicium formula includit. Man übersehe, dass sich an die Demonstratio die intentio anschloss, welche den richterlichen Befehl enthielt, bei der Verurteilung den Inhalt der Demonstratio als den entscheidenden Verpflichtungsgrund anzusehen. Aber gerade die Demonstratio war ein Mittel, um die streng formale Konsequenz abzuwenden und dem Geschwornen einen grössern Spielraum zu geben.

Parteien, oder auf den ihrer Gegner stellen, welche nur das Wollen des entsprechenden wirtschaftlichen Erfolges als wesentliches Erfordernis eines Rechtsgeschäftes und speciell eines Vertrages betrachten; weder das eine noch das andere trifft im Falle des negativen Vertragsinteresses zu. Wer als Käufer über eine objektiv unmögliche Leistung kontrahiert, der will eben den Übergang des betreffenden Objekts in seine Vermögenssphäre, bezw. einen rechtlichen Anspruch seinerseits und eine rechtliche Verbindlichkeit des Gegenkontrahenten anderseits auf, bezw. zu einer jenen Übergang bewirkenden Handlung; ein Wollen des negativen Vertragsinteresses ist geradezu unvereinbar mit der Thatsache, dass er einen Vertrag abzuschliessen vermeint. Und ebenso steht es mit seinem Gegner, dem Verkäufer. Wer als falsus procurator fungiert, der will, wie auch der dritte, rechtliche und wirtschaftliche Folgen für seinen Prinzipal; aber niemals will er sich selbst vertraglich binden und berechtigen, und so in allen Fällen. Ganz klar tritt dies hervor beim Vertragsunfähigen, der handlungsfähig ist, weil hier von der Gültigkeit eines Vertrages nicht die Rede sein kann. Gewollt ist überall höchstens der Thatbestand, an welchen die Rechtsordnung jene rechtlichen Folgen des negativen Vertragsinteresses anknüpft, aber nicht deshalb, weil sie oder die ihnen entsprechenden wirtschaftlichen Folgen von den Parteien gewollt sind, sondern unabhängig von ihrem Willen, ja gegen denselben. Wollte man dies einen Vertrag nennen, so müsste man konsequent auch das Delikt als einen solchen bezeichnen; denn auch hier ist der Thatbestand gewollt, mit welchem die Rechtsordnung eine bestimmte Rechtsfolge verbindet.

Gewiss soll sich die positive Rechtsordnung bei ihren Bestimmungen auf den Standpunkt einer Musterpartei stellen und von diesem aus müssen auch die dispositiven Normen betrachtet werden. Das Recht hat gewisse rechtsgeschäftliche, sagen wir hier Vertragstypen ausgebildet, welche den verschiedenen wirtschaft-

lichen Zwecken zu dienen bestimmt sind und deren sich die Parteien durch unmittelbare oder infolge Bezeichnung der wirtschaftlichen Zwecke mittelbare Bezugnahme auf dieselben bedienen können. Bei diesen müssen wir die wesentlichen von den unwesentlichen Elementen unterscheiden, weil ansonst eine Beherrschung des Rechtslebens unmöglich wäre. Sind jene gewollt, so werden die andern von der Rechtsordnung selbst ergänzt; sind z. B. Käufer und Verkäufer über Kaufobjekt und Preis einig, so bestimmt das Recht, wann in dubio der Preis zu bezahlen, wer die Transportkosten zu tragen hat etc. Fehlen aber selbst die wesentlichen Elemente, so haben die dispositiven Normen nichts, woran sie sich anlehnen können. Es könnte möglicherweise eine verwandte Vertragsart in Frage kommen, so statt Kauf Miete, statt depositum Darlehen etc. Dieser Ausweg bietet sich aber in unserem Falle nicht dar; denn die Art des ursprünglich gewollten Vertrages ist durchaus sicher; es kann sich nur darum handeln, ob ein eventueller Vertrag über das negative Interesse zu stande gekommen [1]) und zwischen diesem und jenem würde gewiss keine Verwandtschaft, sondern geradezu eine Gegensätzlichkeit bestehen; der eine wäre ja bedingt durch die Ungültigkeit des andern.

Die Trennung von Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis ist unhaltbar in unserer Frage. Man mag dies thun, wo der Wille als Träger des Rechtsgeschäftes einen ausser ihm gelegenen Umstand zur Voraussetzung der Wirkung macht, wie beim bedingten Rechtsgeschäft; aber von einer solchen Voraussetzung ist in unsern Fällen, von besondern Verabredungen natürlich abgesehen, keine Rede; Rechtsgeschäft und Rechtsverhältnis stehen hier vielmehr wie in der Regel, in einem notwendigen Kausalnexus. Da das Rechtsgeschäft der einzige Grund des Rechtsverhältnisses ist, so deutet ein Mangel des letztern auf ein

[1]) Über den Garantievertrag siehe unten S. 112.

Fehlen des erstern hin. Nach dem bewirkten Rechtsverhältnis bezeichnet und charakterisiert sich das Rechtsgeschäft und wenn also jenes bloss in einem Schadenersatzanspruch wegen Nichtzustandekommen des Vertrages besteht, so kann unmöglich dieses den Namen des vorausgesetzten ungültigen Vertrages erhalten. [1])

β) Garantievertrag.

Was soeben von der eigentlichen Kontraktsklage gesagt wurde, gilt teilweise auch vom Garantievertrag. [2]) Wenn wir diesen definieren müssen, als den Vertrag, wodurch jemand einem andern gegenüber die Garantie für den aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung erwachsenen Schaden übernimmt, so ist

---

[1]) Vergl. noch Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXVI. S. 393. Schott (der obligatorische Vertrag unter Abwesenden S. 95) nimmt einen durch Accept des Vertragsantrages zu stande gekommenen einseitigen Interimsvertrag auf Abschluss des gegenseitigen Vertrages und damit Verpflichtung des Widerrufenden auf Leistung des Erfüllungsinteresses an. — Allein steht dieser Interimsvertrag nicht unter denselben Regeln wie der Hauptvertrag? Wenn sich Schott auf den Standpunkt der Empfangs- oder Vernehmungstheorie stellt, so muss er konsequent auch für die Perfektion des Interimsvertrages Empfang, bezw. Vernehmung der Annahme seitens des Offerenten verlangen, und so müsste man in infinitum weiter gehen. Wozu überhaupt ein solches unnützes Mittelglied? Ausserdem abstrahiert diese Vertragskonstruktion vollständig vom Parteiwillen oder fingiert einen solchen, wo in der That keiner zu finden ist. [2]) Vergl. über den Garantievertrag Stammler im Arch. f. d. civilist. Prax. LXIX, S. 1 u. ff. — Für den Garantievertrag sprechen sich aus bezüglich Offerte Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen I, S. 32 u. ff., der sich aber später selbst korrigiert in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, II, S. 414, Note 8; ferner allgemein Drexler, a. a. O. S. 60 u. ff., nach welchem die Garantie keine Fiktion ist und keiner Präsumtion bedarf, sondern in der Natur der Sache liegt; Windscheid in den frühern Ausgaben seines Pandektenlehrbuches; anders in der 7. Aufl., II. Bd., S. 157; in gewissem Sinne dafür auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., XIII, S. 335. Diese Konstruktion ist denkbar, aber entbehrlich. Dagegen wendet sich Eisele, S. 473 u. ff.: „Die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages ist ebenso unhaltbar wie überflüssig" und Bechmann, Kauf II, S. 434.

klar, dass dieser erst da Platz greift, wo nicht schon auf Grund eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses oder unmittelbar kraft Gesetzes der Garant für die Folgen seiner Handlung einstehen muss; mit andern Worten, es ist ein hierauf gerichteter Wille der Parteien erforderlich. Von einem solchen lassen aber die Quellen nichts erkennen und wäre er auch vorhanden, so würde damit für das römische Recht nichts gewonnen sein; denn es müsste die Form der Stipulation beobachtet werden, da für das klagbare pactum adjectum die erforderliche Voraussetzung, der Hauptvertrag fehlt, andere Formen aber die römische Rechtsordnung nicht an die Hand giebt.

Diese Beschränkung ist allerdings im gemeinen Recht gefallen; aber die Regel wird sein und bleiben, dass der erforderliche Parteiwille trotz allen Künsteleien nicht zu entdecken ist. Gewiss müsste man sich auch hier mit einer stillschweigenden Willenserklärung begnügen; aber letztere mag definiert werden wie sie will, so weit darf man sicher nicht gehen, dass man alles das als stillschweigenden Willen und stillschweigende Willenserklärung bezeichnet, was Treu und Glauben verlangen, was eine Musterpartei gewollt und erklärt, wenn sie über alle möglichen rechtlichen Folgen ihrer Handlung Reflexionen angestellt hätte oder gar das, was man auch modifizieren könnte, ohne dadurch Treu und Glauben zu verletzen. Mit letzterem kommen wir auf eine weitere Blösse, welche dieser Konstruktionsweise anhaftet.

Wir wollen vorläufig unerörtert lassen, ob das Erfüllungs- oder das negative Interesse mehr der Idee der Gerechtigkeit entspricht; aber wer bürgt dafür, dass der Garantievertrag gerade auf letzteres gerichtet ist und nicht auf ersteres? Ist aber dies der Fall, so müssen wir eben die Konstruktion vermissen, welche wir suchen. Die Gegner des negativen Vertragsinteresses nehmen teilweise ebenfalls die Zuflucht zum Garantievertrag, um das Erfüllungsinteresse zu retten, und das beweist

schon, wie wenig uns dieses Auskunftsmittel bietet. — In der That, wenn man einmal bis zur Annahme eines Garantievertrages geht, so liegt wenig mehr daran, ob man sich den Willen auf das negative oder das Erfüllungsinteresse gerichtet denkt; ja letzteres ist sogar das Wahrscheinlichere; denn wer sich garantieren lässt, der will sicher sein, dass er das Versprochene oder wenigstens ein ihm voll und ganz entsprechendes Aequivalent erhält, während sein Gegner die Prämie für dieses Risiko in einer höhern Gegenleistung sucht und findet, sodass schliesslich Leistung und Gegenleistung einander doch entsprechen. Es wird eine solche Verabredung in konkreten Umständen ihren Grund haben, welche es dem einen wertvoll erscheinen lassen, eine Modifikation der gesetzlichen Folgen zu bewirken gegen Aufopferung anderer Güter; liegen aber solche nicht vor, so sinkt die Garantie der Parteien zu einer blossen Garantie des Gesetzes hinab. Die Kontrahenten wissen, dass, wo nicht singuläre, in individuellen Verhältnissen begründete Umstände vorliegen, das Gesetz hinreichende Fürsorge trifft; sie wollen, was die Rechtsordnung will, während das wesentliche des Vertrages darin besteht, dass die Rechtsordnung will, was die Parteien wollen.[1]) Vom Standpunkte der Gegner aus müsste man bezüglich aller rechtlichen Nebenfolgen stillschweigende Garantieverträge annehmen, ja selbst bei Delikten könnte man diese Konsequenz nicht abweisen. So aber würde der Garantievertrag selbst seine Bedeutung verlieren. So wäre z. B. die Unterscheidung zwischen garantierten Eigenschaften der Kaufsache und andern erheblichen Mängeln derselben nutzlos, weil die rechtlichen Folgen im einen wie im andern Fall doch die nämlichen wären.

---

[1]) Von einer Gesetzesgarantie sprechen denn auch Eisele, S. 473 u. ff. und Hartmann, Arch. f. d. civil. Prax. LXXII, S. 215; beide gehen aber in der Bestimmung des Inhalts auseinander, indem jener für das negative, dieser für das positive Interesse plädiert.

Das Gesagte gilt noch mehr, wenn ein Hauptvertrag gar nicht zu Recht besteht, nicht etwa deshalb, weil die Richtigkeit des beabsichtigten Kontraktes eine allfällige Zusicherung affizieren würde;[1]) denn die Wirksamkeit der Zusicherung könnte ja geradezu bedingt sein durch die Richtigkeit des Hauptvertrages, sondern weil wir in diesem Fall noch weit eher einen speciellen Nachweis einer besondern Zusicherung verlangen müssen. Bei Gültigkeit des Hauptvertrages läge es noch eher nahe, Nebenabreden über alle einzelnen Umstände und Rechtsfolgen zu treffen, weil jeder Vertrag notwendig letztere mit sich bringt; aber die Nichtigkeit des Vertrages bildet eine so grosse Ausnahme von der Regel, dass eine specielle Reflexion der Parteien auf diese Eventualität wohl eines besondern Nachweises bedarf, ganz abgesehen davon, dass die Kontrahenten mit den gesetzlichen Verfügungen, die selbstverständlich nicht notwendig auf einen Vertrag abstellen müssen, sich begnügen können.

Weit mehr werden die Kontrahenten auf die Eventualität gefasst sein, dass der eine oder andere seinen Verpflichtungen aus dem gültigen Vertrag nicht nachkommt und hier kann es allerdings sehr im Interesse der Parteien liegen, die Folgen eines Vertragsbruches im voraus zu fixieren, so durch Konventionalstrafe.[2]) Nicht anders verhält es sich mit der von Drexler be-

[1]) Insofern sind wir mit Drexler, S. 61, einverstanden. [2]) Drexler selbst sagt (S. 29): „Es ist keineswegs die unausweisliche Folge, dass, wer eine Offerte macht, dem Oblaten sofort und stets auch für den Schaden, der dadurch demselben erwächst, dass er sich geirrt, als wäre der Vertrag perfekt, haften wolle; vielmehr ist recht wohl denkbar und im gemeinen Verkehr wird es die Regel bilden, dass man durch die Offerte nur den Antrag macht, einen Kontrakt abzuschliessen und noch Antwort erwartet. Behauptet demnach der Geschädigte, dass in der Äusserung des Offerenten oder in konkludenten Handlungen desselben in concreto eine Garantie lag, dass demgemäss sein Vertrauen ein wirklich berechtigtes war, so ist dies zu beweisen seine Sache. Kann er dies nicht erweisen, war eine solche Garantie nicht gegeben, so war sein Vertrauen kein berechtigtes. Es müsste denn sein, dass sein Vertrauen durch eine positive Norm gerechtfertigt wäre, die bestimmt, dass, wer kontrahiere, auch für die Folgen eines dadurch erweckten Vertrauens einstehen

tonten arrha, die als arrha confirmatoria — und von dieser allein spricht doch der Verfasser — lediglich den Zweck hat, dem Empfänger derselben ein Mittel in die Hand zu geben gegen den die Erfüllung des Vertrages hauptsächlich in der Form der Ableugnung seines Zustandegekommenseins verweigernden Gegenkontrahenten. Sie setzt also selbst einen gültigen Vertrag voraus und kann daher für unsere Frage nicht einmal als Analogon verwendet werden.

Die Ernstlichkeit des Vertragswillens ist durch den Mangel einer Garantie keineswegs in Frage gestellt;[1] [2] hiezu wäre wenigstens erforderlich eine direkte Erklärung, dass die Gegenpartei sich auf das Zustandekommen des Vertrages nicht verlassen dürfe. Wir sagen wenigstens; denn selbst unter dieser Voraussetzung ist ein wirklich gewollter Vertrag nicht undenkbar, ja sehr häufig, besonders wenn jene Erklärung sich auf Punkte bezieht, welche vom Willen voll und ganz unabhängig sind.

Die Annahme eines Garantievertrages führt auch zu Konsequenzen, welche mit den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs im Widerspruch stehen und die deshalb auch die Anhänger des Garantievertrages teilweise nicht zu ziehen wagen. Man kann zugeben, dass auch nach dieser Konstruktion ein Irrtum des Geschädigten über den Mangel vorliegen müsse, weil ihm ansonst bei einer Klage aus dem Garantievertrag der Garant die exceptio doli entgegenhalten könnte; aber unberechtigt ist das Verlangen, diese Täuschung müsse vom Gegner veranlasst sein;[3] denn wer sich garantieren lässt, will doch nicht bloss bezüglich dieser besondern Kategorie von Täuschungen gesichert

---

müsse, wenn er diese Garantie nicht ausdrücklich ablehne; aber einen solchen Satz sucht man vergeblich im corpus juris."

[1]) Dies behauptet Drexler S. 61. [2]) Selbstverständlich abgesehen vom Fall, wo der Nichtigkeitsgrund im Mangel des erforderlichen Willens selbst besteht. [3]) So Drexler S. 62.

sein, sondern schlechthin, ja selbst dann, wenn der Irrtum in der eigenen Nachlässigkeit des Geschädigten seinen Grund hat; [1]) denn gerade weil er über seine Situation im Ungewissen ist und doch keine Erkundigungen einziehen will, welche ihn vielleicht unterrichten könnten, lässt er sich garantieren gegen Vermehrung der Gegenleistung, indem er dieses Opfer dem andern vorzieht, und es wäre daher dolos gehandelt seitens der Gegenpartei, wenn sie sich auf jene Umstände berufen und so die Erfüllung des Versprechens verweigern, auf der andern Seite aber doch die erhöhte Gegenleistung bereitwillig in Empfang nehmen würde.

Die Anhänger des Garantievertrages ziehen ferner ganz richtig die Folgerung, dass der Ersatzanspruch die vertragliche Verpflichtungsfähigkeit des Haftbaren voraussetze; damit fällt er aber für eine wichtige Kategorie von Nichtigkeitsfällen dahin. Ist dadurch wohl den Bedürfnissen des Verkehrs und der ausgleichenden Gerechtigkeit Genüge gethan? [2])

Was gegen den Garantievertrag vorgebracht wurde, gilt auch bezüglich dessen, was man als blosse Garantie bezeichnen möchte. Denn eine Garantie lässt sich eben nur denken als Garantievertrag und nicht als einseitiges Rechtsgeschäft, wenn auch die besondere Natur jenes eine Modifikation in der Art und Weise der Annahme bedingt, in dem Sinne, dass die Acceptation als stillschweigend erfolgt gilt, wenn keine Protestation stattfindet. Die Zahl der einseitigen verbindlichen Rechtsgeschäfte ist in jedem und vor allem im römischen und gemeinen Recht eine genau beschränkte und wir dürfen daher ein solches auch nicht statuieren, wo die betreffende Rechtsordnung dies nicht ausdrücklich verlangt.

---

[1]) Vergl. S. O.-R. Art. 245. [2]) Siehe darüber unten S. 156 u. ff.

γ) Mandat.

Ebensowenig bringt uns die Annahme eines Mandatsvertrages[1]) in dieser Lehre vorwärts. Es ist bezeichnend, dass die Anhänger desselben nur bezüglich des Widerrufes der Offerte diese Frage behandeln, wenn man von Mommsen absieht, der, wie wir sogleich sehen werden, als eigentlicher Vertreter dieser Konstruktionsweise nicht bezeichnet werden kann. In der That, wenn man zum Begriffe des Mandates eine Aufforderung, sei es auch nur eine stillschweigende, zu einer Thätigkeit auf Seite des Mandatars verlangt und verlangen muss, so wird es schwer halten, in den meisten Fällen in der Offerte eine solche Aufforderung zu entdecken. Gewiss haben die Römer das Mandat als Rettungsmittel der aequitas gegenüber den Anforderungen des strengen jus möglichst weit ausgedehnt; aber in allen ihren einzelnen Anwendungsfällen, Cession, Bürgschaft etc. lassen sich sämtliche Elemente dieses Rechtsgebildes mit Leichtigkeit erkennen. Will man einmal das Mandat als Konstruktion zu Hülfe ziehen, so müssen auch sämtliche Grundsätze des Mandats zur Anwendung gelangen und es ist daher unrecht, wenn Scheurl[2]) sagt, eine Schadenersatzklage sei hier auch dann zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen der Mandatsklage fehlen würden.

Nun aber, was ist die Offerte? Sie ist ihrem Wesen nach nicht mehr als die Kundgebung des Willens einer Partei an die andere, einen bestimmten Vertrag eingehen zu wollen, so dass sie, wenn diese jenen Willen ergreift, rechtlich gebunden sein will. Eine Aufforderung zu einer Thätigkeit liegt darin nicht,

---

[1]) Diese Klage deutet schon an Baldus in seinem Commentar zu Fr. 1 D mand. 17, 1; ferner treten dafür ein Scheurl in Jahrb. d. Dogm. II. S. 274 und scheinbar Mommsen, Erörterungen II. S. 134, 135, 139, 50, 80, 89, 105, 112, 129; dagegen Bekker in seinem Jahrb. II. 1858 S. 365; teilweise Drexler, S. 19; Kühn, Jahrb. d. Dogm. XVI. S. 59; Leonhardt, Zeitschr. f. d. ges. Hdr. XXVI. S. 298; Hartmann, Jahrb. d. Dogm. XX. S. 18. [2]) a. a. O. S. 274.

sondern nur die Veranlassung oder die Ursache zu einer solchen, und nicht einmal immer das; denn oft genügt ein einfaches Ja; die darauf folgende Thätigkeit erfolgt bereits nicht mehr auf Grund der Offerte, sondern auf Grund des Vertrages. Da indes letzterer hier in Wirklichkeit nicht zu stande kommt, so könnte man vielleicht auch die nachfolgende Thätigkeit auf die Offerte zurückführen, was aber keineswegs die Annahme einer Aufforderung notwendig macht oder auch nur ermöglicht. Jede Partei handelt mit Rücksicht auf ihr eigenes Interesse, was dem Grundgedanken des Mandats durchaus entgegen ist; dies schliesst freilich nicht aus, dass damit auch dem Interesse der Gegenpartei gedient ist; denn die wirtschaftliche Voraussetzung für das Zustandekommen eines jeden Vertrages ist, dass die beiden Interessen sich gegenseitig bedingen und insofern müsste man Mommsen [1]) gegen Bekker [2]) beistimmen, dass nicht ein mandatum tua tantum, sed tua et mea gratia vorliege. Allein wir müssen da, wo es sich um Verträge handelt, nicht bloss die Wirkungen in Betracht ziehen, sondern vor allem den Willen, und dieser abstrahiert bei unserer Frage sicher vollständig vom Interesse der Gegenpartei.

Es ist ferner nicht ausgeschlossen, dass nicht der Offerent den Anstoss zum Vertragsabschluss gegeben, sondern der Oblat und dann müsste man diesen als Mandanten bezeichnen, bezw. seinen Anspruch auf Schadloshaltung zurückweisen.

Wollte man auch ein Mandat annehmen, so wäre es doch fraglich, ob beim Mangel einer culpa auf Seite des Mandanten ein Anspruch in denjenigen Fällen begründet wäre, wo der Grund der Ungültigkeit ausserhalb der Willenssphäre des Offerenten liegt und mit dem behaupteten Mandatsvertrage in keinem Zusammenhang stünde, wie bei Unmöglichkeit der Leistung. Die herrschende Meinung geht,[3]) gestützt auf Fr. 26 § 6, 7 D mand.

---

[1]) S. 80. [2]) a. a. O. S. 366. [3]) Vergl. hierüber Windscheid, II, § 378, Note 16 u. § 410, Note 18.

17, 1; Fr. 62 (61) § 5 D de furt. 47, 2, verglichen mit Fr. 22 D commod. 13, 6; Fr. 31 D d. pign. act. 13, 7 u. Fr. 45 § 1 D loc. cond. 19, 2 dahin, dass in einem solchen Fall der Schaden nur dann zu ersetzen sei, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf treffe. Anders allerdings Mommsen[1]) und Ihering;[2]) allein die von ihnen angeführten Quellenstellen zwingen nicht zu ihrer Annahme, und wenn man bedenkt, dass der Charakter der Unentgeltlichkeit, der ja hauptsächlich den Grund einer strengern Haftung bilden mochte, später mehr in den Hintergrund trat, so müssen wir uns der herrschenden Meinung anschliessen, um so mehr als die strenge Haftbarkeit des Mandatars beweist, dass auch dieser, dem im Mandat liegenden Element der Freundschaft entsprechend, einen Teil des Risiko auf sich zu nehmen hat.

Dass auch der Mandatsvertrag bei verpflichtungsunfähigen Personen und da, wo nicht einmal die Erklärungen sich gegenseitig treffen, keine Hülfe bringt, versteht sich von selbst.

Das Mandat erzeugt nicht bloss Verpflichtungen des Mandanten, sondern auch solche des Mandatars auf Grund der ihm obliegenden diligentia diligentis patrisfamilias. Will man daher konsequent sein, so muss man auch dem Oblaten als unserem Mandataren die Pflicht auferlegen, jenes Mass von Sorgfalt zu beobachten und unter Umständen den Hauptvertrag nicht abzuschliessen, wenn dies mit den Interessen des Offerenten unvereinbar wäre, ansonst er, unabhängig vom Hauptvertrag, mit der actio mandati belangt werden könnte. Denn sinnlos wäre es zu behaupten, dass mit dem Augenblick, wo der eigentliche Vertrag ins Dasein tritt, das einmal begründete Rechtsverhältnis aus dem Mandat aus der Rechtswelt verschwinde; bloss das könnte man für das römische Recht zugeben, dass auch dieser Anspruch mit der eigentlichen Vertragsklage geltend gemacht werden könnte. Und das nämliche müsste man bezüglich des Mandanten be-

[1]) S. 59. [2]) S. 37.

haupten, wenn er eine Offerte macht, welche den andern in Schaden bringt durch den infolge dessen zu stande gekommenen Vertrag. Jedermann wird nun vor dieser Konsequenz zurückschrecken, ein Beweis, dass die Voraussetzung falsch ist.

Das Mandat ist jederzeit widerruflich; aber jedenfalls muss der Widerruf an die Gegenpartei erfolgen, weil ein anderer rechtlich gar nicht in Betracht kommt. Nun ist aber mit dem Beginn der Thätigkeit seitens des Oblaten in der Richtung auf die Offerte und deren Annahme hin das Mandat angenommen; will daher der Oblat aus dem Mandat nicht weiter verpflichtet sein, so muss er dem Offerenten einen Widerruf zukommen lassen, eine Folgerung, welche auch die laxeste Perfektionstheorie nicht zieht.

Endlich — und das ist ausschlaggebend — würde ein Mandatsvertrag zu seiner Wirkung doch nicht das negative Vertragsinteresse haben, sondern nur die Erstattung der infolge des Mandats gemachten Aufwendungen.[1]) In Fr. 26 § 6 D mand. 17, 1 wird die Erstattung des Schadens auf gleiche Linie gestellt mit der Erstattung der Impensen. In § 7 desselben Fragmentes wird allerdings das Interesse als Gegensatz des Anspruches bezeichnet. Allein erstlich war es doch dem Verfasser mehr darum zu thun, den Gegensatz zwischen blosser noxae datio und eigentlicher Schadenersatzklage hervorzuheben, ohne den Inhalt der letztern genauer erörtern zu wollen. Sodann macht die Stelle selbst nicht den Eindruck vollständiger Ächtheit und Integrität; warum z. B. eine actio mandati zum Zwecke der damit in keinem rechtlichen Zusammenhang stehenden noxae datio? Sollten uns die Quellen im Zweifel lassen, so sagt die innere Natur unseres Rechtsinstitutes, dass der Mandatar vollen Ersatz der von ihm mit Grund gemachten Aufwendungen verlangen kann, unabhängig davon, ob sie der Mandant auch gemacht hätte oder nicht; aber auch nicht mehr, nicht etwa eines lucrum cessans; denn mit der

[1]) So auch Mommsen, S. 50, 66 u. ff., 80, 89, 105, 135.

Eingehung des unentgeltlichen Rechtsgeschäftes hat der Mandatar auf Ersatz des letztern Verzicht geleistet; die Übernahme des Mandates selbst ist ja schon gewissermassen ein lucrum cessans, wenn man bedenkt, dass er mit dem Abschluss und der Ausführung einer locatio-conductio einen Gewinn hätte machen können.

In vielen Fällen werden sich zwar das negative Vertragsinteresse und der erwähnte Schadenersatz decken; aber das ist nicht notwendig; jenes kann und wird in der Regel grösser sein, weil es das lucrum cessans mitumfasst. Aber auch das Umgekehrte ist möglich, wenn der Mandatar das, wofür er Ersatz fordert, auch ohne das Mandat verloren haben würde. Indes ist für die Konstruktionsfrage bedeutungslos, ob das eine oder andere häufiger eintritt, weil es den Gegensatz selbst nicht berührt.

δ) Actio doli.

Mit der actio doli gehen wir auf das ausservertragliche Gebiet über. Wir können uns hierüber kurz fassen, da bereits oben [1]) die einschlagenden Quellenstellen eine diesbezügliche Erläuterung erfahren haben. Die Anhänger derselben stützen sich der Hauptsache nach auf den Satz, dass nur dolus allgemein als causa obligationis vom und im römischen Recht anerkannt sei. [2]) Wir bestreiten die Richtigkeit dieses Satzes nicht, verlangen aber anderseits, dass er lediglich als Regel betrachtet werde, die auch Ausnahmen gestattet, um so mehr als jene Regel einem fortgeschrittenen Rechtssinn anerkanntermassen nicht mehr genügen konnte. So sagt denn auch Mommsen [3]) mit Bezug auf Fr. 8

---

[1]) S. 40 u. 44. [2]) Für die blosse actio doli neben Mommsen Ude, Arch. f. d. civilist. Prax. XLVIII, S. 255 u. 258 u. ff.; dagegen mit Bezug auf den Widerruf der Offerte Kühn, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 59; ferner Drexler, S. 21. [3]) Unmöglichkeit der Leistung, S. 122.

§ 1 D d. relig. 11, 7 u. Fr. 62 § 1 D d. contrah. empt. 18, 1: „Hiernach könnte es scheinen, als ob dem mit der Unmöglichkeit der Leistung unbekannten Käufer immer das Recht zur Anstellung einer Entschädigungsklage einzuräumen sei, einerlei ob dem Verkäufer in Betreff der Abschliessung des Kontrakts eine Verschuldung zur Last gelegt werden kann oder nicht. Auch dürfte die Billigkeit wohl im allgemeinen dafür sprechen, dass, wenn jemand durch die Abschliessung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Kaufvertrages Schaden erleidet, es dann der Verkäufer sei, welcher diesen Schaden tragen müsse. Denn vorzugsweise ist es doch Sache dessen, der etwas verspricht, sich vorher zu überzeugen, dass er das Versprochene auch leisten könne. Dessen ungeachtet trage ich Bedenken, dieser Ansicht beizupflichten. Die erwähnten Stellen scheinen mir nicht bestimmt genug zu sein, um eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts zu rechtfertigen."

Das römische Recht selbst hat die erste wichtige Ausnahme statuiert für den Fall der actio legis Aquiliae und auch hier wiederum einen Entwickelungsprozess durchgemacht in der Richtung einer Ausdehnung dieser Klage. Durch Nichts begründet ist es, wenn Ihering[1]) meint, „die Beschränkung der verpflichtenden Wirkung der culpa auf die Form der aquilischen sei keine positive Bestimmung des römischen Rechts, sondern eine in der Natur der Dinge begründete." Wahr ist nur soviel, dass der in der Jugendperiode eines jeden Rechts vorherrschende sinnliche Charakter bei körperlicher Beschädigung zuerst einen Anhaltspunkt hatte; aber die immer mehr sich geltend machende Emancipation von dieser Sinnlichkeit deutet auf das Ziel hin, dem auch das römische Recht zustrebte, wenn es und mit ihm das gemeine Recht dasselbe auch nicht erreichte. Die Annahme der Gültigkeit von Verträgen in einzelnen Fällen entgegen der reinen

[1]) S. 24.

Rechtskonsequenz entspricht dem nämlichen Bedürfnis; darum ist es auch nicht gerechtfertigt, die einmal klar sprechenden Zeugnisse der Quellen auf jede mögliche Weise wegdisputieren zu suchen. Nun geben aber die Anhänger der actio doli, vor allem Mommsen,[1]) selbst zu, dass die in Betracht kommenden Quellenstellen Fr. 62 § 1 D d. contrah. empt. 18, 1; Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7; Fr. 8 und 9 D de hered. v. act. vend. 18, 4 und Fr. 21 § 2 D de act. empt vend. 19, 1[2]) von einem dolus schweigen. Man erwidert hierauf, dass die betreffenden Juristen nicht die Absicht gehabt hätten, die Voraussetzungen der Ersatzklage in erschöpfender Weise anzugeben. Gewiss kann man das von ihnen nicht verlangen; man kann nicht verlangen, dass sie die allgemeinen Erfordernisse einer Verpflichtung, wie Handlungsfähigkeit etc., deren Mangel eben eine Ausnahme im täglichen Leben bildet, erwähnen; deshalb spricht auch Fr. 8 D de hered. v. act. vend. 18, 4 nicht von der Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel und ein gleiches Schweigen würde uns auch bei den übrigen Stellen nicht überraschen.[3]) Aber doch so viel kann und muss man fordern, dass sie den dolus, sofern er nicht aus den sonst angeführten Umständen hervorgeht — und es ist dies in den betreffenden Quellenstellen nicht der Fall — erwähnen, gerade weil er als eine Ausnahme im menschlichen Verkehr sich darstellt. Wenn sich Mommsen[4]) bezüglich Fr. 8 § 1 D de religios. 11,7 darauf beruft, es sei dem Ulpian nur darum zu thun, den passiven Übergang der Klage auf die Erben zu statuieren, so möchten wir im Gegenteil aus dem Übergang den Schluss ziehen, dass es sich nicht um einen deliktischen Anspruch, mithin auch nicht um dolus handelt; denn das blosse Umhängen eines andern äussern Mäntelchens kann doch nicht bewirken, dass

[1]) Siehe oben u. S. 41 u. ff. [2]) Von § 5 J de empt. et vend. 3, 23 wollen wir wegen ihrem zweifelhaften Charakter absehen. [3]) Nach Mommsen, S. 37, würde auch Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7 sich hierüber nicht auslassen, was aber angesichts des pro puro etc. doch füglich bezweifelt werden dürfte. [4]) S. 37.

auf einmal der Anspruch den Charakter unbeschränkter passiver Vererblichkeit annimmt.[1]) Aus der blossen Thatsache, dass die entsprechende Klage als actio in factum bezeichnet wird, folgert niemand mit absoluter Sicherheit, dass dolus als weggedacht zu betrachten sei. Aber das Fehlen desselben ist doch das Näherliegende, und wenn die actio in factum gegen den mensor dolus voraussetzt, so erwähnen die Quellen dies ausdrücklich.

Die Stellen des corpus juris sollen nicht zum Generalisieren berechtigen?[2]) Aber ist denn mit den erwähnten Quellenbeispielen nicht bereits das Prinzip durchbrochen? Soll man von der Ausnahme wiederum Ausnahmen statuieren, während doch der rechtliche Grund in den nicht erwähnten Fällen von Nichtigkeit derselbe ist, ja, wir möchten sagen, mit noch grösserer Kraft sich geltend macht, weil bei jenen mehr als bei Unfähigkeit des Objekts der Wille und überhaupt das ganze geistige Verhalten von Einfluss ist und somit eine Präsumption für eine vorhandene Schuld eintreten könnte. Zudem ist, da wir nach dem oben Gesagten auch Fr. 21 § 2 D d. act. empt. vend. 19, 1 herbeizuziehen befugt sind, unsere Ansicht auch für das Gebiet des Irrtums bestätigt; denn auch in jener Stelle ist von einem dolus keine Rede.

Man kann den Spiess gegen Mommsen selbst kehren und fragen: Warum erörtern jene Stellen den Schadenersatzanspruch so genau, wenn es sich nur um einen solchen aus dolus handelt, während er sich doch von selbst verstehen würde? Fragment 21 § 2 D. d. act. empt. vend. 19, 1 spricht eher für als gegen uns; nach allgemeiner Regel ist hier Ungültigkeit des Kaufes anzunehmen[3]) und das ex empto tenetur venditor daher auf die Entschädigungsfrage zu deuten; als Voraussetzung dieses Anspruches ist nur Unkenntnis des Käufers hingestellt; die Kennt-

---

[1]) Anders mit der infamierenden Wirkung, weil diese eine Nebenfolge ist, während die Vererblichkeit den Anspruch inhaltlich wesentlich modifiziert. [2]) Mommsen, S. 38. [3]) So auch Mommsen.

nis des Verkäufers ist gleichgültig; mithin ist man auch nicht befugt, jenen Anspruch auf den Fall des dolus zu beschränken.

Warum soll ferner in Fr. 22—24 D de contrah. empt. 18, 1 die Unwirksamkeit der Klausel für den Fall, dass das ganze Grundstück dem Verkehr entzogen ist, das Vorhandensein eines dolus beweisen, während doch auch nach Mommsen bei bloss teilweiser diesbezüglicher Eigenschaft des Grundstückes die Klausel wirklich den gewollten Erfolg hätte, also die Haftung für den dolus ausschliessen würde? Geben wir der Klausel die oben [1]) angegebene und dem Text allein entsprechende Bedeutung, so kommt diese Stelle für uns hier überhaupt nicht in Betracht, weil es sich um die Wirkung der Klausel innerhalb eines gültigen Vertrages handelt, wofür dann allerdings die Stelle beweist, dass kein dolus vorausgesetzt ist, weil sonst die Abrede nicht rechtswirksam werden könnte.

Die blosse Erwähnung der condictio indebiti in Fr. 23 und 57 D de contrah. empt. 18, 1 spricht nicht gegen das negative Vertragsinteresse [2]); bei Fr. 23 cit. ist es überdies zweifelhaft, ob der Ausspruch des Paulus in den Zusammenhang passt. — Wenn Mommsen [3]) ferner meint, die Unterscheidung bei Fr. 57 cit. zwischen Kenntnis und Unkenntnis des Verkäufers passe nicht recht zur Ihering'schen Theorie und damit natürlich auch nicht zu unserer, so müssen wir erstlich diesen Einwand bezüglich der vollen Unmöglichkeit der Leistung entschieden zurückweisen, weil die Behandlung in den Stellen für beide Fälle (1. Teil des principium und 1. Teil des § 1) eine vollständig gleiche ist, und sodann bezieht sich selbst bei teilweiser Unmöglichkeit die Differenz auf Gültigkeit oder Ungültigkeit des Kaufs und nicht den allfälligen Schadenersatzanspruch, das negative Vertragsinteresse.

---

[1]) S. 37. [2]) Vergl. oben S. 63. [3]) S. 41.

Endlich soll es ein Widerspruch sein, wenn bei nichtigen Verträgen eine so weit gehende Haftung eintritt, während nach den römischen Juristen in denjenigen Fällen, wo der Vertrag gültig ist, der Verkäufer im allgemeinen nur für dolus in contrahendo hafte.[1]) Allein wir müssen bedenken, dass durch das nachfolgende Vertragsverhältnis die vermögensrechtlichen Folgen einer Täuschung wieder ausgeglichen werden können. Das Zustandekommen eines Vertrages beweist schon, dass die Täuschung einen grössern Umfang nicht angenommen. In vielen Fällen, z. B. beim Irrtum, wird, wenn ein Vertrag zur Existenz gelangt, der Schaden auf Seite desjenigen sein, der sonst der Gegenpartei für das negative Vertragsinteresse einzustehen hätte. Oder es wird, wie z. B. beim Mietsvertrag, die Gegenleistung sich dementsprechend mindern. Oder es hat der Kontrahent für die Thatsachen, welche bereits vor Vertragsabschluss gegeben waren, auch innerhalb des Vertrages selbst zu haften, so bei Mängeln des Kaufsobjektes. Bei nicht onerosen Verträgen muss derjenige Teil, welcher keine Gegenleistung empfängt, beim Gültigwerden des Vertrages so wie so ein Opfer bringen und es ist daher nicht angezeigt, ihn überdies für culpa haften zu lassen. Die strenge Haftung des Mandanten ermöglicht, auch seine vorvertraglichen Fehler gebührend zu ahnden.

Wollte man den Vergleich von Mommsen benützen, so könnte man umgekehrt behaupten, dass angesichts der Thatsache, dass der Kontrahent bisweilen ohne jede Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld für den Schaden einstehen muss, so bei rechtlichen Mängeln, ädilicischen Fehlern etc., auch bei Nichtigkeit des Vertrages ohne jede Voraussetzung einer culpa,

---

[1]) Mommsen, S. 17—35, 40: Der andere Einwand, welcher sich etwa geltend machen liesse, dass innerhalb Vertragsverhältnissen auch nicht immer für culpa gehaftet werden müsse, greift eher gegenüber Ihering Platz, der die Haftung für das negative Interesse auf die Notwendigkeit vertraglicher Diligenz schon im Stadium des werdenden Rechtsgeschäfts zurückführt, aber nicht gegenüber uns.

geschweige denn eines dolus, gehaftet werden müsse. Schliesslich ist auch die Voraussetzung Mommsens, dass die Parteien bei Gültigkeit des Vertrages nur für dolus in contrahendo einzustehen haben, wie wir bereits gesehen, in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Die blosse actio doli würde auch geringe Resultate zu Tage fördern, wenn wir, abgesehen von der beschränkten Vererblichkeit, bedenken, einerseits, dass der dolus eine Ausnahme bildet in den Ursachen vermögensrechtlicher Schädigungen, anderseits, dass, sollte er selbst vorhanden sein, seine Existenz schwierig zu beweisen ist und doch diese Beweislast dem Kläger obläge. Jene Beschränkung könnte eine Milderung, wenn auch keine hinreichende, erfahren durch die Gleichstellung von dolus und culpa lata, wie dies in der That auch thut Mommsen.[1]) Aber er hat damit keinen Anklang gefunden und mit Recht;[2]) vom Standpunkt des römischen Rechts müssen wir mit Leonhard[3]) sagen: „Der in ungewöhnlicher Weise Thörichte und Unaufmerksame passt ebensowenig ins Verkehrsleben hinein wie der Unredliche und sobald er sich daher auf dieses Gebiet hinauswagt, muss er die Folgen seiner Selbstüberhebung in der Gleichstellung von dolus und culpa lata tragen." Diesen sehr vernünftigen Gedanken anerkannten aber die Römer für das ausservertragliche Gebiet nicht. Fr. 226 D d. verb. sing. 50, 16 ist zu allgemein gehalten, um daraus für den einzelnen Fall einen Schluss zu ziehen. Hätte eine solche allgemeine Regel bestanden, so wäre es nicht notwendig gewesen, für die einzelnen Rechtsverhältnisse ausdrücklich die culpa lata dem dolus gleichzustellen, und es wäre dann überhaupt die Unterscheidung zwischen culpa lata

---

[1]) S. 185—214. Was speciell den Fall der Übereinstimmung zwischen Wille und Erklärung betrifft, wird Mommsen unterstützt von Regelsberger, civilrechtl. Erört. I, S. 19 u. Endem. Handb. d. Handelsr. II, S. 400 u. ff., sowie Windsch. I, § 75, Note 1 d. [2]) Gegen ihn denn auch Ihering, S. 12 u. Leonhard, Zeitschr. f. d. ges. Hdr. XXVI, S. 307 u. XXV, S. 131. [3]) a. a. O. XXVI, S. 307.

und culpa levis von geringer praktischer Bedeutung. Es würde mithin jene Stelle mehr beweisen als Mommsen selbst wünscht. Fr. 1 § 2 D si is qui test. 47, 4 spricht nicht allgemein, sondern bezieht sich nur auf den hier erwähnten, eigentümlich gestalteten Fall, der auch die sonst allgemein zulässige actio legis Aquiliæ ausschliesst; als Gegengewicht gegen eine solche weitgehende Befreiung von der Haftbarkeit sollte die Gleichstellung von culpa lata und dolus dienen. Fr. 1 § 1 D si mensor 11, 6[1]) handelt von dem sehr vertragsähnlichen Verhältnis des mensor und darum die scheinbare Ausnahme[2]); das et si merced. am Schlusse desselben § deutet auf ein Mietverhältnis hin und doch soll auch in diesem Fall eine Haftung für omnis culpa nicht eintreten.

Dasselbe ist vom interdictum de precario zu sagen (Fr. 8 § 3 und 6 D de precario 43, 26), von der actio in factum gegen den argentarius (Fr. 8 pr. D de edendo 2, 13,[3]) ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit, nisi dolo proximam. dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit, deren Ausdehnung auf die actio ad exhibendum überhaupt nicht gerechtfertigt ist auf Grund von Fr. 9 § 4 D ad exhib. 10, 4; denn das quasi vor dolo braucht nicht notwendig auf culpa lata hinzudeuten und am Schlusse des § ist schlechthin bemerkt: cessare (sc. actionem) ad exhibendum *quia nullus*

---

[1]) Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputari debet qui eum adhibuit: sedet si negligenter aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur sedet si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire. [2]) Vergleiche auch die Begründung durch „visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius homnis, qui *civiliter non obligatus est.* [3]) Daher auch die ausdrückliche Erwähnung, dass er für andere culpa nicht hafte, während es sonst einfach heissen müsste, dass culpa lata oder dolo proxima dem dolus gleichstehe und von der culpa im allgemeinen nicht die Rede sein dürfte.

dolus est; abgesehen davon ist auch hier durch das Legat bereits ein Rechtsverhältnis zwischen Erbe und Legatar begründet. Der gleiche Gedanke macht sich geltend bezüglich der interrogatio in jure, wobei auch noch das in Fr. 2 h. t. betonte Moment der Schwierigkeit des Beweises der Erbenqualität von Einfluss sein mochte (Fr. 11 § 11 D de interrog. 11, 1;[1]) ebenso bei der missio in possessionem legatorum servandorum causa (Fr. 5 § 15 D et in possess. 36, 4). Beim interdictum quod vi aut clam (Fr. 3 § 8 und 4 D quod vi aut clam 43, 24) ist der Zusammenhang mit der actio legis Aquiliæ klar erkennbar. Fr. 2 § 5 D d. hered. v. act. vend. 18, 4 bezieht sich, trotzdem der Verkäufer nach Vertragsabschluss im allgemeinen für omnis culpa einzustehen hat, dennoch auf eine nach dem Kaufsabschluss vorgenommene Verminderung der Erbschaft. Die Beschränkung der Haftung erklärt sich aus der Eigenart des Erbschaftskaufes, wie denn auch der Erbschaftsverkäufer für die Eviktion entgegen der allgemeinen Regel nicht belangt werden kann. Es wäre auch vollends unbegreiflich, wie der Verkäufer für die vorvertragliche Zeit für Nachlässigkeit und wäre es auch noch so grosse, haften soll, da er doch nur über sein eigenes Vermögen verfügt; anders beim dolus, weil dieser eine bewusste Bezugnahme auf den künftigen Kauf voraussetzt.[2])

So bieten uns die Quellen keinen Beweis für die Behauptung Mommsens von der ausservertraglichen Gleichstellung des dolus und der culpa lata[3]) und es sagt denn auch der Verfasser[4]) selbst: „Stellt man die Frage allein darauf, ob die Römer die infamierende actio doli auch in den Fällen der culpa lata zugelassen haben, so wird man, wie ich glaube, wenigstens zu einer allgemeinen Bejahung der Frage nicht gelangen können. Es

---

[1]) Zuzugeben ist Mommsen, dass der in § 9 erwähnte quasicontractus erst durch die Antwort selbst entsteht. [2]) So auch Mommsen selbst S. 193. [3]) Vergl. Urteil des Reichsger. vom 5. VI. 88; Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung, Erg. Bd. 43. [4]) S. 211.

fragt sich aber, ob nicht in diesen Fällen eine actio in factum gegeben ist und ob nicht die Vertragsklage ebensowohl wie wegen eines dolus in contrahendo auch wegen lata culpa in contrahendo zugelassen ist. In den Quellen finden wir keine Stellen, in welche die Frage in verneinendem Sinne entschieden wäre, *aber auch keine Stelle, die mit völliger Sicherheit für die Bejahung der Frage angeführt werden könnte.*"

ε) *Culpa in contrahendo.*

Mit Iherings culpa in contrahendo[1]) rücken wir einen Schritt unserem Ziele näher, aber wir dürfen dabei noch nicht stehen bleiben. Wir sind in unserer geschichtlichen Darstellung mit einer Erwähnung seiner diesbezüglichen Abhandlung über Ihering hinweggegangen und es scheint daher angezeigt, obwohl seine Theorie im allgemeinen bekannt sein dürfte, in kurzen Zügen seine Ansicht vor Augen zu führen.

Der Umstand, so argumentiert Ihering, dass der Vertrag gar nicht zu stande gekommen, würde uns auf ausservertragliche Beschädigungen verweisen und wir würden dann nur die Wahl haben, an die actio doli oder an die actio legis Aquiliæ zu denken. Beide liessen sich aber für diesen Zweck nur verwenden, wenn man bei ersterer über das Moment dolus und bei letzterer über die eigentümliche Art der Beschädigung hinwegsähe.[2]) Ein solcher Rechtssatz würde aber zu einer Geisselung des Verkehrs. Unser Schadenersatzanspruch lässt sich unter diese beiden Klagen nicht subsumieren; wir müssen daher entweder auf eine Konstruktion verzichten oder den Anspruch trotz der Nichtigkeit

---

[1]) Gegen die culpa in contrahendo: Bekker in krit. V. J. Schr. XXII, 1880, S. 56; Drexler, S. 21–27; Kühn, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 59; Mommsen, die Haftung, S. 5 u. ff.; Schulin, Zeitschr. f. schweizer. Recht IX, N. F. 1890, S. 101. Dafür: Reichelmann, der Einfluss des Irrt. S. 130 u. ff.; Zitelmann, Jahrb. der Dogmatik XVI, S. 417. [2]) S. 24.

des Vertrages auf den Gesichtspunkt kontraktlicher Verschuldung zurückzuführen suchen. Und letzteres ist auch gerechtfertigt zunächst vermöge seiner äussern Veranlassung, die Verbindung der Verschuldung mit dem intendierten Vertragsverhältnis. Diese Verbindung ist nicht bloss eine äusserliche, sondern eine innerliche, mit juristischer Notwendigkeit gegebene.[1]) — Daher, weil kontraktliche culpa, auch Übergang auf die Erben; daher auch die Kontraktsklage zum Zwecke des Schadenersatzes. Der Name der Klage ist im Munde der römischen Juristen nicht blosser Name oder etwas bloss prozessualisch Bedeutungsvolles, sondern der Ausdruck der materiell-rechtlichen Natur.[2]) Wenn die Quellen den Vertrag als nichtig bezeichnen, so soll das nicht gänzliche Wirkungslosigkeit, sondern bloss bedeuten, dass der eigentliche Zweck des Vertrages, die Erfüllung ausgeschlossen ist,[3]) nicht aber z. B.: unsere Schadenersatzklage.

Letztere hat zur Voraussetzung eine Verschuldung auf Seite des Beklagten und wir müssen demnach ein Verschulden des Verkäufers nachweisen.[4]) Dies besteht darin, dass er einen Kauf abschloss, ohne seiner Sache sicher zu sein. Was aber für die nicht existierende Erbschaft, das muss auch für die nicht existierende Forderung, was für die res extra commercium, das muss auch für die Sachen, rücksichtlich deren ein Veräusserungsverbot besteht, was für den Verkäufer, muss auch für den Käufer, was für den Kaufvertrag, muss auch für den Mietvertrag, das Mandat etc. gelten; denn gleiche culpa, gleiche Wirkung. Wir können demnach allgemein sagen: Die culpa besteht darin, dass der eine kontrahiert, ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästieren zu können und durch den falschen Schein des Kontrakts den andern irre führt. — Wer kontrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des ausservertraglichen Verkehrs in den positiven der Kontrakts-

---

[1]) S. 26. [2]) S. 28. [3]) S. 29. [4]) S. 34.

sphäre, aus dem Gebiet der blossen culpa in faciendo in das der culpa in non faciendo. Nicht bloss die bereits bestehenden, sondern auch die erst entstehenden Vertragsverhältnisse müssen unter den Schutz der Regeln über die culpa gestellt werden.[1]).

Ihering betrachtet die culpa als Klagfundament; mit dem Wegfall jener stürzt deshalb auch der Anspruch in ein Nichts zusammen. Nun hat aber Ihering, der doch mit seiner Konstruktion für jeden Fall Hülfe bringen wollte, weil er überall eine culpa annahm, später[2]) selbst zugestanden, dass dieser Gesichtspunkt nicht ausreichend sei. Und in der That wollte man selbst, wie Regelsberger[3]) sagt, den Begriff der culpa auf die Ihering'sche Streckmaschine bringen, so wäre doch in sehr vielen Fällen eine culpa im Thatbestand nicht zu erblicken. Es hat denn auch Ihering trotz der geistreichen Entwicklung keinen Nachfolger gefunden ausser Vangerow, der[4]) ihm in der ersten Begeisterung in allem zustimmte. Ihering selbst fühlt dies heraus, wenn er[5]) bemerkt: „Es kann nun allerdings Fälle geben, wo das Hindernis des Vertragsabschlusses dem Verkäufer beim besten Willen verborgen bleiben durfte und doch haftet er sowohl nach den Quellen wie nach der Billigkeit. Doch, fährt er weiter, müssen wir — der Widerspruch wird allerdings nicht ausbleiben — die Unkenntnis des Verkäufers ohne Rücksicht auf individuelle Umstände als culpa bezeichnen." Ferner[6]): „Ist nicht culpa nur ein anderer Ausdruck für gesetzliche Haftpflicht des Verkäufers? Das ist nur Schein; ohne Annahme einer culpa erscheint die Schadenersatzverbindlichkeit als eine völlig isolierte, positive Bestimmung, mit Annahme einer solchen ordnet sie sich allgemeinen Gesetzen der Vertragstheorie unter. Ohne culpa eine Schadenersatzklage ohne Schuld, mit culpa ist diese Singularität vermieden."

---

[1]) S. 41 u. 42. [2]) Schuldmoment im röm. Privatrecht, S. 38, Note 73. [3]) S. 33. [4]) Pandekten, 7. Aufl. I, § 109, Anm. 1, 5. [5]) S. 34. [6]) S. 39 u. 40.

Wir sehen also, dass Ihering, um sein angebliches Prinzip zu retten, gegen die Logik verstösst und nicht bloss da, wo die Quellen eine freiere Auslegung im Sinne eines entwickeltern Rechtsgefühles gestatten, auf den allgemeinen Satz geht: Ohne Schuld kein Schadenersatzanspruch, sondern auch diejenigen Stellen, welche offenbar von einer culpa abstrahieren, in jenem Sinne zu interpretieren sucht. So bezüglich des ädilicischen Ediktes[1]) mit Berufung auf die Äusserung Ulpians in Fr. 1 § 2 D d. aedil. ed. 21, 1. Indes denkt dieser Jurist nur an den gewöhnlichen Fall, dass der Verkäufer in culpa ist oder wenigstens schuldiger als der Käufer, ja der Anfang des Paragraph: ut occurratur fallaciis, legt die Vermutung nahe, dass er sogar dolus des Verkäufers im Auge hat. Und doch wird auch Ihering hieraus nicht den Schluss ziehen, dass dolus Voraussetzung der Klage sei. Ulpian betont im übrigen, als Motiv für die ädilicische Bestimmung nicht bloss das Verhalten des Verkäufers, sondern auch und vor allem den Schutz des Käufers „ut emptoribus succurratur", und der Schluss des Paragraph stellt dann einfach auf dieses Moment ab: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Wollen wir den darin ausgesprochenen Gedanken weiter entwickeln, so müssen wir sagen: Es liegt dem Käufer auch nichts daran, ob der Irrtum des Verkäufers ein verschuldeter oder unverschuldeter war und so sagt denn auch Ulpian ohne irgend welche Andeutung von Schuld oder Unschuld: . . . etiamsi ignoraverit . . . Wäre die Erklärung Iherings richtig, so hätte man es mit einer blossen präsumptio juris zu thun, gegen welche der Gegenbeweis zulässig wäre.[2])

Ähnlich verhält es sich mit Fr. 13 § 3 D d. act. empt. vend. 19, 1. Der Grund der Haftung ist nicht eine allfällig vorhandene oder

---

[1]) S. 35. [2]) Ihering selbst fragt S. 36: „Ist aber dies nicht eine bloss fingierte culpa, eine präsumptio juris et de jure?" Vergl. hierüber auch Mommsen, S. 14.

angenommene culpa, sondern die Zusage des Verkäufers und Ulpian will nur darauf hinweisen, dass dieser sich nicht auf einen event. Irrtum berufen dürfe, weil dies gegen Wesen und Zweck der Garantie wäre.

In Fr. 19—23 D pro soc. 17, 2 handelt es sich gar nicht um eine culpa in eligendo, die selbstverständlich auch zum Schadenersatz verpflichten würde, sondern um eine culpa, darin bestehend, dass der socius von sich allein aus eine andere Person in die Gesellschaft aufnimmt; (vergl. auch Fr. 11 D d. neg. gest. 3,5) und es behauptet Ulpian auch keineswegs, dass der Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages nicht schon für sich eine culpa involviere;[1]) er sieht bei seiner Motivierung von der Eigenschaft des admissus vollständig ab.

Die mora kann nicht ohne weiteres als ein Anwendungsfall der Ihering'schen culpa bezeichnet werden; denn bei dieser ist, abgesehen von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wirkliche culpa vorausgesetzt, vergl. Fr. 24 pr. D de usur. 22, 1; Fr. 17 § 3 D eod.; Fr. 21 eod. Fr. 23 pr. eod. Fr. 23 § 1 D de recept. 4, 8.[2])

Mit Unrecht beruft sich ferner Ihering auf den Fall des Mandats.[3]) Den eigentlichen legislatorischen Grund der strengen Haftung des Mandanten giebt die von Ihering zitierte Stelle Fr. 61 § 5 D de furt. 47, 2 selbst an: justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Es ist dem Africanus um eine Gegenüberstellung der einzelnen Rechtsgeschäfte bezüglich des diebischen Sklaven zu thun. Der Mandatar soll vollauf entschädigt werden, weil er den Auftrag ausschliesslich im Interesse des Mandanten übernimmt und ausführt, (multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse...) während bei der

[1]) S. 38. [2]) Siehe Windscheid, P. II, § 277, Note 4 u. 9. [3]) S. 37.

Verpfändung (§ 1), beim Kauf (§ 2) und beim Commodat (§ 6) die Haftung weniger streng ist, weil hier das Interesse des Rechtsgeschäftes auf beiden Seiten, bezw. auf Seite desjenigen liegt, welcher den Sklaven zur Gebrauchsleihe empfangen; es soll immer den Schaden derjenige tragen, welcher den Gewinn hat, sofern kein grobes, bezw. leichtes Verschulden einer der beiden Parteien vorliegt. — Denselben Gedanken drücken auch Fr. 52 § 4 und 61 D. pr. soc. 17, 2 aus: es sollen Gewinn und Verlust einander möglichst entsprechen. Diesem gegenüber ist der Schlusssatz in Fr. 61 § 5 cit. nichts als eine überflüssige oder vielmehr falsche Erläuterung und Privatansicht von African, der auch in den vorhergehenden § 1 und § 3 das subjektive Element nicht richtig würdigt oder sich wenigstens nicht genau ausdrückt, indem er nur dolus als Grund unbeschränkter Haftung anführt, obwohl bekanntlich der Verpfänder und Verkäufer auch für culpa einzustehen haben. Bloss mit Rücksicht auf African ist es gewiss nicht angezeigt, die allgemein anerkannte Verschuldungstheorie des römischen Rechts über den Haufen zu werfen.

Wir sehen also, dass Ihering einen haltbaren Stützpunkt in den Quellen nicht gefunden dafür, dass man ohne Rücksicht auf individuelle Umstände eine culpa der Parteien annehmen kann, und wenn auch, so würde uns das nicht hindern, einen andern Weg einzuschlagen, oder vielmehr wir wären trotzdem dazu verpflichtet. Denn wir können den römischen Juristen ebensowenig als Ihering die Macht zugestehen, da eine culpa zu konstruieren, wo psychologische und tägliche Erscheinungen eine solche nicht erkennen lassen; denn die Logik steht über der Rechtsordnung. Und würde selbst das Gesetz, jener Fiktion der Juristen folgend, solche Bestimmungen zu seinem Inhalt machen, so dürften und müssten wir trotzdem nach dem eigentlichen Grund der gesetzlichen Verfügung forschen.

Es enthalten aber auch die auf unsere Frage bezüglichen Quellenstellen durchaus keine Andeutung von einer culpa; sie

stellen einfach auf die Thatsache ab, dass eine objektive Täuschung, ein Irrtum vorliegt; die Frage, welche auftauchen könnte, wäre bloss die, dolus oder nicht dolus. Diese Frage ist bereits oben entschieden worden und Ihering selbst steht in dieser Beziehung auf unserer Seite. Aus dem Leugnen des dolus folgt aber keineswegs, dass wir wenigstens culpa annehmen müssen; denn es ist noch eine dritte Möglichkeit gegeben. Ihering hat denn auch keinen Beweis in dieser Richtung versucht, sondern sich mit allgemeinen Erörterungen über die Schuldauffassung der römischen Juristen begnügt.

Warum versucht eigentlich Ihering mit allen Künsten seines tief juristischen Wissens eine Schuld in die Quellen hineinzuinterpretieren? Er selbst[1]) sagt es uns: „Ohne Annahme einer culpa erscheint die Schadenersatzverbindlichkeit als eine völlig isolierte positive Bestimmung, mit Annahme einer solchen ordnet sie sich allgemeinen Gesetzen der Vertragstheorie unter."

Allein erstlich vorausgesetzt, dass es sich in unserm Falle um vertragliche Verhältnisse handle, so würde uns gerade das römische Recht zeigen, dass es unter Umständen einen Schadenersatzanspruch ohne Schuld hat entstehen lassen, so beim Mandat, beim receptum etc. Warum sollte es für einen andern Fall nicht ähnlich verfügen können? Stehen wir — und es trifft dies zu, wie wir sogleich sehen werden — auf ausservertraglichem Gebiete, so fehlt uns auch hiefür eine Analogie im römischen Recht nicht; denn die actio de effusis et ejectis, die actio de pauperie und de pastu setzen bekanntlich eine Schuld nicht voraus. Spricht in unserem Fall die Billigkeit weniger dafür, eine Entschädigungspflicht ohne culpa zu statuieren? Und zum Wenigsten möchten wir mit Mommsen[2]) fragen: „Ist die Singularität einer culpa ohne wirkliche Schuld leichter zu ertragen als die Singularität einer Verpflichtung zur Entschädigung ohne

[1]) S. 40. [2]) S. 16.

Verschuldung?“ Nach der Methode von Ihering könnte man schliesslich die Ausnahmestellung der actio legis Aquiliae in dem Sinne erklären, dass sie immer einen dolus annimmt, obwohl vielleicht nur eine culpa vorliegt; alsdann hätte man auch die kurze, einfache Regel: Nur dolus verpflichtet ausserhalb des Vertrages zum Schadenersatz.

Die Annahme einer culpa begünstigt nicht, noch erschwert ihr Leugnen eine Verallgemeinerung der in den Quellen erwähnten Fälle. Denn wenn diese mit einem gewissen Thatbestand gewisse Rechtsfolgen verknüpfen, so hat man das Recht, mit einem andern gleichen Thatbestand ebenso zu verfahren; ob man auf beiden Seiten noch eine culpa hinzuaddiert oder nicht, ist höchst gleichgültig. Nach Ihering'scher Auffassung könnte man umgekehrt aus dem Schweigen der Quellen den Schluss ziehen, dass sie für die andern Fälle eine culpa nicht annehmen und daher auch einen Schadenersatzanspruch für nicht begründet erachten.

Ihering befürchtet von einer Ausdehnung der verpflichtenden Ursachen auf culpa oder auch nur culpa lata eine Geisselung des Verkehrs. [1]) Abgesehen davon, dass es auch zu einer Geisselung der Beschädigten führen kann, wenn er zur Geltendmachung seines Rechts vorerst den dolus seines Gegners beweisen muss und überhaupt nur unter der Voraussetzung des dolus ein Recht für ihn entsteht, verfällt Ihering selbst dem angeblichen, von ihm gerügten Fehler. Denn wenn er in seiner Konstruktion eine ausservertragliche culpa in eine vertragliche verwandelt, so legt er doch dem Menschen dahin zielende Pflichten für sein rechtliches Verhalten auf; denn der Handelnde wird sich doch nicht bewusst sein, dass er bereits in einem Vertragsverhältnis stehen soll, und über die Ihering'sche Konstruktion wird er auch keine Reflexionen anstellen. Es behauptet ja der Verfasser selbst nicht, dass ein Vertrag zu stande gekommen, und daher können

[1]) S. 12.

wir auch den Kontrahenten nicht zumuten, dass sie sich in diesem Moment schon an die Grundsätze der im allgemeinen strengern vertraglichen Haftung gebunden fühlen. Es soll auch nach Ihering bloss die culpa bei einem entstehenden Vertragsverhältnis dieselben Wirkungen äussern wie bei einem bereits bestehenden; damit wäre an sich noch nicht gesagt, dass wir es mit einer vertraglichen Haftung und vertraglichen culpa zu thun haben; denn dieselbe Wirkung kann in verschiedenen Ursachen ihren Entstehungsgrund besitzen. Wenn Ihering aus jenem Satz den weitern Schluss zieht, dass eine vertragliche culpa vorliege, so verletzt er damit die Logik; denn jene hängt einzig und allein davon ab, ob ein Vertrag zu Recht besteht oder nicht, man mag daneben die nämlichen Folgen mit jedem andern Thatbestand verbinden oder nicht. Der beabsichtigte Vertrag bildet bloss die Veranlassung zur Vermögensbeschädigung, und auch nur insoweit kann man von einer innern, mit juristischer Notwendigkeit gegebenen Verbindung zwischen beiden sprechen, als zwischen jeder Veranlassung und dem Veranlassten ein Zusammenhang besteht; die gegenseitige Abhängigkeit beweist aber gerade die Verschiedenheit.

Wir leugnen nicht, dass, wer den Versuch wagt, das vertragliche Gebiet zu betreten, mit einer gewissen Sorgfalt vorgehen soll; im Gegenteil, wir werden in dieser Beziehung noch grössere Anforderungen stellen als Ihering. Aber das kann nur ein Motiv sein für die Rechtsordnung, bezüglich der Folgen eines nicht zu Stande gekommenen Vertrages eine strengere Haftung eintreten zu lassen, als sie sonst für das ausservertragliche Gebiet festgesetzt, ohne dass sie gezwungen wäre, entgegen ihrem eigenen obersten Grundsatz, der betreffenden Verpflichtung den Charakter einer vertraglichen beizulegen, oder überhaupt über diese rein wissenschaftliche Frage sich zu äussern.

Anders, wenn ein bereits bestehender Vertrag gelöst werden soll; denn wie die Willenseinigung notwendig ist, damit der Vertrag ins Dasein trete, so soll auch bei der Auflösung der beider-

seitige Parteiwillen insoweit in Betracht fallen, als der eine zum Mindesten nicht ohne Kenntnis des andern aus dem einmal gezogenen Pflichtenkreis heraustreten kann, und darum verfügt das Recht, dass, sofern durch einseitigen Willen oder durch andere Thatbestände, wie Tod, Handlungsunfähigkeit etc. ein vertragliches Verhältnis an sich gelöst werden kann, diese Ursache ihre Wirkung unter den Kontrahenten selbst erst mit dem Zeitpunkt ausübe, wo die Gegenpartei sich über dieselbe orientiert hat oder orientieren konnte; bis dahin hat es bei der alten vertraglichen Haftung sein Bewenden ähnlich wie bei der Entstehung des Vertrages bis zum Zeitpunkt der Willenseinigung die Normen über den ausservertraglichen Verkehr Rechtshülfe gewähren müssen. Darum ist auch die Berufung Iherings auf Fr. 26 pr. und § 1 D mand. 17, 1 und Fr. 29 § 1 und 2 eod. haltlos.

Sein weiteres Argument, dass der Übergang auf die Erben (Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7) ein sicheres Kriterium für die vertragliche culpa bilde, [1]) beruht auf der falschen Voraussetzung, dass eine unbeschränkte Vererblichkeit nur bei vertraglichen Verhältnissen stattfinde. Jener Umstand beweist bloss gegen jene, welche dolus oder culpa als Verpflichtungsgrund betrachten, aber nicht gegen uns, die wir hievon abstrahieren. Die Beschränkung oder völlige Verneinung der Vererblichkeit von Verpflichtungen aus Vergehen beruht auf kriminalisierenden Gesichtspunkten des römischen Rechts, das in diesem Punkte mit Fug vom kanonischen Recht modifiziert wurde, welch letzteres aber leider selbst wieder eine unberechtigte Änderung durch den Gerichtsgebrauch erlitten. Das römische Recht hat das Verfehlte jener Verbindung von Privat- und Strafrecht selbst gefühlt und Ausnahmen zu machen verstanden. (Fr. 7 § 2, 9 D d. condict. furt. 13, 1; Fr. 10 eod., Fr. 1 § 1 D d. condict. trit. 13, 3; Fr. 2 § 26, 27 D vi bon. rapt. 47, 8; Fr. 2 D d. cond. trit. 13, 3; Fr. 25 § 1

[1]) S. 28.

D de furt. 47, 2.) Um so mehr müssen wir in unserm Falle, wo das Schuldmoment als wesentlich nicht in Betracht kommt und ganz wegfallen kann, jene Beschränkung fallen lassen und daher die Bestimmung in Fr. 8 § 1 cit. als ganz natürlich finden.

Dass aus dem Namen der Klage nichts für die Ihering'sche Theorie gefolgert werden kann, ist schon öfters dargethan worden. Wir sind ganz mit Ihering einverstanden, dass eine actio empti bei gänzlicher Wirkungslosigkeit des vermeintlichen Vertrages ein Unding wäre; aber Ihering zieht daraus Schlüsse, die nicht gerechtfertigt sind und mit seinen eigenen Ausführungen im Widerspruch stehen; denn wenn, wie er selber zugesteht und ausführt, die Vertragsklage gleichsam für alle möglichen Anliegen, die mit dem Vertragsabschluss im Zusammenhang stehen: Rückgabe der gegebenen Sache, arrha, Schadenersatz etc. statthaft ist, so ist schwer zu begreifen, wie der Name der Klage der Ausdruck ihrer materiell-rechtlichen Natur sein soll; vielmehr ist noch in jedem einzelnen Fall zu untersuchen auf Grund des ganzen Thatbestandes, welche Ansprüche in Frage stehen. — Ungeschickt ist vorab Iherings Vergleichung mit dem resolutiv bedingten Vertrag; denn dieser ist ein wirklicher, perfekter Vertrag, der nur die Möglichkeit des Zurückfallens ins Nichts in sich schliesst. — Wenn ferner die rei vindicatio gegen den fictus possessor zu einer Schadenersatzklage wird, so ist damit gewiss das behauptete, angeblich der Wirklichkeit entsprechende Verhältnis zwischen Name und materiell-rechtlicher Natur der Klage auch nicht gewahrt. Es berücksichtigt in dieser Beziehung Ihering zu wenig die geschichtliche Entwickelung des römischen Rechts, möge dann die Zulassung der Vertragsklage eine Erweiterung der Haftbarkeit oder umgekehrt — was das Wahrscheinlichere ist — das Bedürfnis nach einer strengern Verpflichtung eine Ausdehnung des Gebrauchs der Vertragsklage bedingt und befördert haben.

Iherings Auffassung würde auch zu einem ganz andern Resultat führen als zu dem von ihm selbst angegebenen; denn nach ihm soll auf der einen Seite bei einem entstehenden Vertragsverhältnis die culpa dieselbe Wirkung äussern wie bei einem bereits bestehenden, während er auf der andern Seite als Objekt der Klage das negative Vertragsinteresse hinstellt. Nun erzeugt aber bekanntlich jede culpa innerhalb eines Vertragsverhältnisses einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, und es müsste demnach Ihering von seinem Standpunkt aus konsequenterweise mit denjenigen gehen, welche für das Erfüllungsinteresse haften lassen. — Es müsste ferner nach ihm die Haftung in jenem vorvertraglichen Stadium eine verschiedene sein nach der Natur des abzuschliessenden Vertrages, weil nach letzterer auch die Wirkung der vertraglichen culpa eine verschiedene ist, oder sagen wir besser, ein verschiedener Grad von culpa erforderlich ist, um eine Verpflichtung zu erzeugen. Wer demnach einen Vertrag eingehen wollte, innerhalb welchem er nur für dolus und culpa lata einstehen müsste, der würde bei einer culpa levis in contrahendo frei von jeder Verbindlichkeit sein, welches Resultat weit hinter der Ihering'schen Verpflichtung ohne eigentliche Schuld zurücksteht. Und doch wird gerade oft derjenige der culpose Teil sein, welcher innerhalb des Vertrages weniger strengen Regeln unterliegt; denn letzteres deutet im allgemeinen darauf hin, dass weniger sein eigenes Interesse dabei im Spiel steht als eine Art Liberalität, und bei solcher Voraussetzung ist ein weniger sorgfältiges Vorgehen von einer Seite naturgemäss eher zu befürchten.

Dagegen ist der Einwand von Drexler[1]) unbegründet, dass Nichtigkeit des Vertrages und Schadenersatz aus demselben inkompatibel seien, so dass, wenn das Gesetz über die Gewährung eines Schadenersatzanspruches dieser Art in irgend einem Falle

[1]) S. 25.

schweigt, eine analoge Ausdehnung der verhandenen Quellenbelege nicht zulässig wäre. Drexler selbst spricht [1]) von der Nichtigkeit des Vertrages als Voraussetzung der Schadenersatzklage. Mehr behauptet auch Ihering nicht; auch nach ihm ist nicht das negotium nullum Fundament der Klage, sondern die culpa, ähnlich wie bei Drexler die Garantie, die Zusage. So gut in letzterem Falle eine Inkompatibilität nicht zu entdecken ist, ebensowenig in jenem. Sollte sie übrigens auch vorhanden sein, so müsste man dennoch eine analoge Ausdehnung der vorhandenen Quellenbelege als zulässig betrachten, weil die ratio juris vollständig die nämliche ist.

ζ) *Bona fides.*

Weniger falsch als nichtssagend ist die Konstruktion auf Grundlage von Treu und Glauben.[2]) Selbstverständlich soll die bona fides den ganzen Rechtsverkehr beherrschen und demnach auch jedes einzelne Rechtsinstitut; aber gerade daraus ergiebt sich, dass wir jene als juristisches Prinzip nicht verwerten können; denn worin würden sich die einzelnen Rechtsinstitute unter dieser Voraussetzung von einander unterscheiden? Gewiss hat die bona fides im ausservertraglichen Gebiet ebensogut ein Heimatrecht wie im vertraglichen, und doch wird niemand behaupten, dass die juristische Grundlage dort wie hier die nämliche sei. Nicht

---

[1]) S. 61. [2]) S. Thöl, Handelsrecht I, 6. Aufl. § 237, Note 8; Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XIII, S. 335; Bechmann, Kauf II, S. 434; Bekker, krit. V. J. Schr. XXII, S. 56, den Windscheid P. II, § 307, Note 5, als Verteidiger dieser Konstruktion citiert, lässt sich für unsere Frage nicht verwerten, da er Gültigkeit des Vertrages und daher Leistung des Erfüllungsinteresses annimmt. Ebenso nicht Eisele, Jahrb. d. Dogm. XXV, 472 u. ff., indem er nur Übereinstimmung seines Resultates mit der bona fides behauptet, während er S. 484 sagt, der Erklärende hafte auf Grund dessen, dass er die Erklärung und damit den Schaden *verursacht* habe. Er dokumentiert sich mit letztern Worten als Anfänger des Veranlassungprinzipes.

einmal gegen die Moral hätten wir eine scharfe Abgrenzung; denn auch dort, ja noch mehr als auf dem Gebiete des Rechts, wird alles von der bona fides beherrscht und geleitet.

Die Rechtsordnung bildet gewisse rechtsgeschäftliche Typen aus und stellt sie den Parteien zur Verfügung, um damit ihre wirtschaftlichen Zwecke zu erreichen. An den hiefür erforderlichen Thatbestand knüpfen sich bestimmte Rechtsfolgen an; jener ist daher als das eigentliche Fundament der bezüglichen Klage zu betrachten; nach seinem Muster hat sich daher die Konstruktion zu richten. So auf vertraglichem Gebiet; das Recht wird bei der Normierung jener Folgen und bei der Frage, ob der eine oder andere Thatbestand vorliege, allerdings von der Idee der Gerechtigkeit, der bona fides sich leiten lassen; aber diese selbst ist eben nur die oberste Richtschnur, nach welcher alle rechtsgeschäftlichen Typen mit ihren verschiedensten Grundlagen und verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken sich zu richten haben. Und das trifft selbst bei den sog. Formalgeschäften zu; denn gerade hier verlangt die bona fides vermöge der Natur jener Institute zum Schutze des Verkehrslebens, dass man sich auf das äussere, sinnliche Element verlassen könne. — So auch im ausservertraglichen Verkehr; Geschäftsführung ohne Auftrag, dolus, culpa etc. allein oder in Verbindung mit andern Thatbestandsmomenten erzeugen gewisse Rechtsansprüche und niemand wird hier das Wirken der bona fides leugnen können.

Sollte aber das positive Recht mit seinen Bestimmungen die bona fides verletzen, so wäre uns damit die positiv juristische Grundlage nicht geraubt; wohl aber müssten die Gegner einen Anspruch ohne Klaggrund anerkennen, was vom Standpunkte des positiven Rechts aus ein Widerspruch in sich selbst wäre. Das ausschliessliche und alleinige Zurückgehen auf die bona fides kommt somit einem Verzicht auf die juristische Konstruktion gleich.

Nicht anders zu bezeichnen ist auch das Stehenbleiben beim *Willen des Rechts.* „Das Recht ist es, welches will, dass der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muss verlassen können, dass auf sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne.[1]) Gewiss will es das Recht und zwar ohne den Willen der Parteien zu berücksichtigen und insofern ist allerdings gegen eine vertragliche Verpflichtung Front gemacht. Aber wir dürfen doch nicht beim blossen Willen des Rechts stehen bleiben; es fragt sich, warum das Gesetz, das Recht es so will; denn letzteres ist sich doch nicht Selbstzweck; es muss einen ausserhalb ihm liegenden Grund haben für seine Verfügung, einen gewissen Thatbestand, auf den es abstellt.

η) Veranlassungsprinzip.

Was bleibt uns nunmehr nach Zurückweisung aller oben erwähnten Versuche noch übrig? Wir glauben das, was dem Privatrecht sehr nahe liegt, wenn auch grundsätzlich für das ganze Privatrechtsgebiet vom römischen Recht und den heutigen Gesetzgebungen nicht anerkannt, nämlich der Gedanke, dass jeder den Schaden ersetzen muss, welchen er *verursacht* und dass niemand den Nachteil schlechtweg durch denjenigen tragen lässt, bei dem er ohne Verschulden des letztern eintritt.[2])

Dass man damit den einschlagenden Quellenstellen gerecht und einzig gerecht wird, erhellt aus dem bisher Erörterten. Da

---

[1]) Windscheid, Pand. II, § 307, Anm. 5. [2]) Vergl. über diese Frage: Stobbe „Deutsches Privatrecht" III, § 200, Regelsberger in Endemanns „Handbuch des Handelsrechts" II, S. 414; Merkel, „Juristische Encyclopädie", § 678; Eisele, Jahrb. f. Dogm. N. F. XIII, S. 473, 487; Gierke, „Die soziale Aufgabe des Privatrechts" (1889), S. 33; Binding, „Die Normen", 2. Aufl. I, S. 434, 472, 476; Steinbach, „Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschaden" (Wien 1888); E. Rupp, „Modernes Recht u. Verschuldung" (Tübingen 1880); J. L. Brunstein, „Gewerbsstörung durch Patentanmassung", Wien 1892, S. 34; F. Meili, „Die Telegraphie u. Telephonie", S. 29.

sie den Vertrag als nichtig bezeichnen und weder dolus noch culpa voraussetzen, so bleibt als einziger Verpflichtungsgrund der der Verursachung. Können wir aber in der That von einer solchen seitens des Verpflichteten sprechen? Ja.

Sämtliche Quellenbeispiele handeln vom Kaufgeschäft und wenn nun auch zuzugeben ist, dass nicht bloss der Verkäufer seine Ware anbieten, sondern auch der Käufer derselben nachfragen und insofern die Veranlassung zum Vertragsabschlusse sein kann, so werden wir doch jenes als die Regel, dieses als die Ausnahme betrachten müssen und daher sprechen auch die Quellen nur von einer Verpflichtung des Verkäufers, obwohl an sich unter Umständen auch eine Verpflichtung des Käufers eintreten könnte. Zudem wird seltener ein Schaden auf Seite des Verkäufers entstehen,[1]) und wenn dies auch für die grundsätzliche Beurteilung belanglos ist, so macht es uns doch verständlich, warum die Quellen von einem Anspruch des Verkäufers schweigen.

Wir müssen ferner genauer unterscheiden zwischen Veranlassung und Verursachung; sollte auch der Käufer durch die Nachfrage die weitere Veranlassung zum Abschluss eines Kaufgeschäftes geben, so lenkt doch in der Regel der Verkäufer das Geschäft auf dieses oder jenes bestimmte wirkliche oder fingierte Objekt hin, dessen Eigenschaft, bezw. Fehlen die Ungültigkeit des Kaufes bewirkt, verursacht insofern doch den Abschluss des nichtigen Vertrages. — Letzterer Grund trifft allerdings nicht zu für Fr. 21, § 2 D d. act. empt. vend., weil hier nicht die Eigenschaft des Objektes, sondern der Dissens Ungültigkeit zur Folge hat. Indes müssen wir auch hier sagen, dass in der Regel der Verkäufer die Initiative ergreift und mit seiner Erklärung einen den allgemein menschlichen Erfahrungen oder den konkreten individuellen Verhältnissen nicht entsprechen-

[1] Besonders weil der Käufer Geld zu leisten hat und nicht Ware.

den Sinn verbindet, so dass der andere Teil, der Käufer — natürlich Unschuld vorausgesetzt, weil sonst ein Anspruch auch nicht begründet wäre — etwas als Wille des Gegenkontrahenten annimmt, was in der That sein Wille nicht ist und damit Ungültigkeit des Vertrages, verursacht durch den Verkäufer, eintritt.

Gestatten aber diese wenigen Entscheidungen eine grundsätzliche Verallgemeinerung?[1]) Gewiss. Wenn wir bedenken, dass einerseits nichtige Verträge eine Ausnahme bilden, anderseits die Zuerkennung des Anspruches für diesen Fall gegenüber dem frühern, der bona fides weniger entsprechenden römischen Recht einen schweren Kampf zu bestehen hatte, so ist es begreiflich, warum wir in den Quellen wenige Spuren davon entdecken können. Für die Kategorie der objektiven Unmöglichkeit gewähren übrigens die Quellenbeispiele einen hinreichenden Anhaltspunkt; da mochte ja auch das Gebiet sein, wo am häufigsten Nichtigkeit des Vertrages eintritt und daher unsere Frage von praktischer Bedeutung wurde. Wir sind hier um so mehr berechtigt zur Aufstellung einer allgemeinen diesbezüglichen Regel, weil die Römer beim Verkauf eines freien Menschen noch weitergehend Gültigkeit des Vertrages angenommen haben, woraus wir den Schluss zu ziehen berechtigt sind, dass sie in den übrigen Fällen wenigstens die im allgemeinen geringere Haftung auf das negative Vertragsinteresse statuiert haben.

Für den Irrtum steht uns einzig Fr. 21 § 2 D d. act. empt. vend. 19, 1 zu Gebote und selbst diese Stelle ist ihrem Sinn nach bestritten. Wir haben sie oben zu Gunsten des negativen Vertragsinteresses gedeutet und stehen nicht an, dieses Quellenzeugnis auf alle Irrtumsfälle auszudehnen; denn die ratio juris ist hier die nämliche wie dort. Der Umstand, dass die Quellen

---

[1]) Dagegen Sintenis, Civilr. II, § 96, Anm. 18 a; vergl. noch Jahrb. d. Dogm. XIV, S. 143 u. ff.; Bähr, Jahrb. d. Dogm. XIV, S. 399 u. ff.

uns ein einziges Beleg liefern, steht dieser Ausdehnung nicht entgegen; denn sie sprechen von der Nichtigkeit der Vertrages wegen Irrtum an sehr wenigen Orten;[1]) um so weniger fühlten sich die römischen Juristen veranlasst, die damit zusammenhängende Nebenfrage des negativen Vertragsinteresses zu behandeln und wie wir aus jener Thatsache nicht folgern können, dass Irrtum, bezw. Mangel des Willens und der Willensübereinstimmung unter keinen Umständen Nichtigkeit des Vertrages erzeugt, ebensowenig dürfen wir aus der andern schliessen, dass die römischen Juristen das negative Vertragsinteresse nicht gekannt oder anerkannt haben. Gewiss können wir auf diesem Gebiete noch weit mehr als bei dem der Unfähigkeit des Objektes die Nichtigkeit auf die Person des Kontrahenten als Ursache zurückführen; denn gerade sie ist es, die eine Erklärung abgiebt, welcher kein Wille entspricht oder ihrem Willen eine Erklärung giebt, welche im andern eine falsche Vorstellung und damit Missverständnis und Nichtigkeit des Vertrages hervorruft.

Das gleiche ist bei Unfähigkeit des Subjektes zu sagen; der ganz oder teilweise Handlungsunfähige, sei er Offerent oder Oblat im konkreten Fall, verursacht schon dadurch, dass er sich in einen Vertrag einlässt, den Abschluss eines nichtigen Vertrages und dadurch den infolge dessen entstandenen Schaden. Dasselbe ist zu behaupten bezüglich Hinfall der Offerte durch Widerruf derselben und selbst Tod und Handlungsunfähigkeit des Offerenten. Die Ursache liegt in seiner Person und daher soll auch sein Vermögen, bezw. dessen Erben für die Folgen jener Thatsachen aufkommen. (Vergl. die Behandlung des Mandates beim Tode der Kontrahenten.)

Kurz, es liegt überall der nämliche Thatbestand vor und es lässt sich kein vernünftiger Grund denken, warum im einen Fall die Rechtsordnung andere Folgen an denselben anknüpfen

[1]) Der Grund dieser Erscheinung ist hier nicht zu erörtern.

soll als im andern. Wollte man selbst die Haftung auf das negative Interesse als Ausnahme von einer Regel betrachten, so müsste man eben den allgemeinen Satz, dass bei jeder Nichtigkeit eines Vertrages für den Schaden eingestanden werden muss, als eine Ausnahmebestimmung bezeichnen, aber nicht die einzelnen Klassen der Nichtigkeitsfälle als solche; nun ist aber für einzelne der letztern eine rechtliche Grundlage in den Quellen gegeben und damit jenes angebliche Prinzip, dass nur bei Vorhandensein von dolus, event. culpa, eine Haftung eintrete, durchbrochen; die allgemeine Ausnahmebestimmung ist dadurch rechtlich sanktioniert und man würde gegen den Sinn und Geist der Rechtsordnung handeln, wenn man nicht alle einzelnen Nichtigkeitsfälle darunter subsumieren würde.

Stellt sich übrigens jene behauptete Regel als ein unzerstörbarer Damm entgegen? Wahr ist, dass wir hier auf ausservertraglichem Gebiet stehen und ebenso wahr, dass auf diesem eine Verpflichtung im allgemeinen nur auf Grund von dolus und culpa eintritt. Aber es ist bereits oben auf die Lücken hingewiesen worden, welche schon das römische Recht diesem Damme beigebracht. Ja, der Kausalnexus zwischen Haftendem und Schaden ist bei allen dort erwähnten Klagen ein weit schwächerer als in unsern Nichtigkeitsfällen oder ein vollständig verschwindender. Bei der actio de effusis vel dejectis steht allerdings ein schuldhaftes Verhalten im Hintergrund; denn das Hinauswerfen oder Hinausgiessen von Sachen auf einen besuchten Ort ist wohl immer als ein solches zu qualifizieren; aber die Klage des Beschädigten gegen den betreffenden Wohnungsinhaber sieht ja bekanntlich davon ab, ob der Beklagte zugleich jener Thäter sei, und letzterer steht, wenn verschieden vom Beklagten, mit diesem auch in keinem solchen Zusammenhang, dass man auch nur im Entferntesten von einer Verursachung des Schadens seitens des Wohnungsinhabers sprechen könnte.

Die actio de pauperie und de pastu sind gerade für den Fall gegeben, wo eine Schuld nicht vorliegt;[1]) auch hier stellt sich die Rechtsordnung auf den Standpunkt, dass es billiger sei, den Schaden von demjenigen tragen zu lassen, der auch den Nutzen vom Tier hat und mit ihm in einem engern wirtschaftlichen Zusammenhang steht als der Beschädigte, wenn auch hier von einem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Schadenersatzpflichtigen und dem Schaden die Rede nicht sein kann. Demselben Gedanken huldigt die cautio damni infecti; (vergl. Fr. 32 D de damn. inf. 39, 2; Fr. 13 § 6 eod.; Fr. 33 eod.; Fr. 18 § 2 eod.; Fr. 20 eod.). Das Hineinschieben eines Versprechens hat bloss den Zweck, den Schadenersatzanspruch besser systematisch einordnen zu können und den Inhaber des betreffenden Grundstückes auf die fehlerhafte Beschaffenheit desselben aufmerksam zu machen. Es wird denn auch von diesem Requisit abgesehen, wenn dem Beschädigten die Erlangung eines solchen Versprechens unmöglich war (Fr. 7 § 2, 8, 9, pr. h. t.; Fr. 15 § 28; 4 § 3 D quib. ex. caus. 43, 4 etc.). Selbstverständlich bedeutet die erforderliche fehlerhafte Beschaffenheit des Grundstückes nicht zugleich eine Nachlässigkeit des Inhabers. — Noch eine bessere Analogie besitzen wir in der Erweiterung der cautio damni infecti dahin, dass sie auch derjenige zu leisten hat, der eine Thätigkeit auf fremdem Grund und Boden vornehmen will, auch wenn er zu derselben an und für sich berechtigt ist, ihn also eine Schuld durchaus nicht trifft.[2]) Und ferner im Retentionsrecht des Beschädigten an den auf sein Grundstück gelangenden und dort einen Schaden erzeugenden Sachen; (Fr. 6 D d. damn. inf. 39, 2; Fr. 7 § 2 eod. Fr. 44 pr. eod.; Fr. 9 § 3 eod.; Fr. 5 § 4 D ad. exhib. 10, 4; Fr. 8 D de

[1]) Allerdings machten die Römer geltend, id quod nocuit, müsse hingegeben werden; allein dies ist doch nicht mehr als ein Ausweg, der auf Fiktion beruht; in Wahrheit kann von einem Verschulden des Tieres nicht die Rede sein. [2]) Siehe Windscheid, P. II, § 456, Anm. 17 u. § 460, Anm. 9.

incend. 47, 9) denn dieses setzt einen damit in Zusammenhang stehenden Rechtsanspruch voraus und als solcher lässt sich nur denken die Ersatzforderung für den durch die Retentionsobjekte verursachten Schaden, unabhängig vom subjektiven Verhalten des Ersatzpflichtigen.

Diese Ausnahmsbestimmungen des römischen Rechts haben ihren Grund in der Besonderheit der betreffenden wirtschaftlichen Verhältnisse; sie sind ein Beweis dafür, dass man mit der Verschuldungstheorie allein den Grundsätzen der Billigkeit nicht immer gerecht wird. Derselbe Gesichtspunkt macht sich bei Nichtigkeit eines Vertrages geltend und diesbezüglich lässt sich der von Ihering allerdings in eine falsche juristische Form gebrachte Gedanke verwerten, dass die Parteien bei werdenden Vertragsverhältnissen dieselbe Sorgfalt zu beobachten haben wie bei bereits bestehenden.

Das Verkehrsbedürfnis verlangt, dass die Menschen vertraglich zu einander in Beziehung treten; nun bringt es aber die menschliche Unvollkommenheit mit sich, dass oft das eine oder andere wesentliche Element des Vertrages fehlt, ohne dass sich dessen die Parteien bewusst werden oder sich dabei auch nur eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lassen, und dann im Vertrauen auf die Existenz des Vertrages Aufwendungen gemacht, neue Rechtsgeschäfte eingegangen oder ansonst erfolgende Abschlüsse von solchen unterlassen werden. Daher kann man auch nicht ohne weiteres den Schaden von demjenigen tragen lassen, bei dem er zufällig eintritt; es muss eine strengere Haftung Platz greifen als das gewöhnliche menschliche Nebeneinandersein bedingt, und das Recht sich genauer fragen, ob nicht in diesen besonders gestalteten Verhältnissen eine Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel gerechtfertigt oder vielmehr gefordert sei, ähnlich wie bei der actio de pauperie etc. Auch hier bringt es die Natur der Sache mit sich, dass die Rechte gleichsam in Kollision treten. Die Grundstücke lassen

sich einmal nicht von einander trennen, das Tier kann auch bei der sorgfältigsten Bewachung Schaden anrichten etc. Daher auch hier eine besondere Normierung bezüglich des periculum.

Die erwähnten Umstände verlangten mit der Zeit umsomehr Berücksichtigung, als der Verkehr ein weit ausgedehnterer wurde, als er zur Zeit der Herrschaft des römischen Rechts war, und teilweise auch andern Charakter annahm. Der häufige Abschluss von Verträgen unter Abwesenden hat gewiss auch zahlreiche Irrtums- und damit Nichtigkeitsfälle zur Folge, und anderseits erzeugte der Verkehr in die Ferne auch eher einen Schaden, wie ihn unsere Klage als Objekt voraussetzt. Erwägt man dazu, dass das subjektive Moment mit der Zeit und namentlich infolge der Gegenwirkung germanischer Rechtsanschauung [1]) immer mehr in den Hintergrund trat, so lässt sich begreifen, dass die Haftung auf das negative Vertragsinteresse sich gewohnheitsrechtlich immer mehr befestigte und zugleich den Charakter als Ausnahmebestimmung mehr und mehr abstreifte.

Ist aber, so müssen wir uns weiter fragen, eine Haftung auf Grund blosser Versuchung nicht gegen die Idee der Gerechtigkeit und Billigkeit und daher eine Verallgemeinerung der in den Quellen sicher getroffenen Entscheidungen zu verwerfen? Nein; vielmehr dem Wesen des Privatrechtes durchaus entsprechend. Dieses soll die Folgen von Handlungen — wir sprechen hier nur von ausservertraglichen Verhältnissen — nach der rechtlichen Seite hin regulieren und diesbezüglich sollte der Gesichtspunkt der blossen Verursachung nicht genügen? Es sollte nicht gerecht sein, auf dem Gebiete des Rechts die Folgen

---

[1]) Regelsberger (Endemanns Handbuch des Handelsr. II, S. 414) sag geradezu: „Der Rechtssatz (bezüglich des negativen Vertragsinteresses) wurzel vielleicht mehr in deutscher Rechtsanschauung, wornach der Urheber der Schadenersatzpflichtige ist, es mag ihm eine Verschuldung zur Last fallen oder nicht, und verdankt seine Herausbildung dem neuern Rechts- und insbesondere dem Handelsverkehr.

wieder auf die Ursache zurückzuführen? Gewiss hat man es auch im Privatrecht mit Menschen und nicht mit bloss mechanisch wirkenden Wesen zu thun und insofern könnte das Erfordernis eines bewussten, zweckerkennenden Handelns nahe liegen. Aber der Mensch ist eben auch ein mechanisch wirkendes Wesen und kann unter Umständen allein als solches thätig werden, und doch wird man auch hier sagen müssen, der Schaden ist auf seine Rechnung zu setzen. Daneben ist nicht ausgeschlossen, dass das subjektive Verhalten, dolus oder culpa, einen modifizierenden Einfluss ausübe. — Anders im Strafrecht, weil hier nur der Mensch als solcher in Betracht kommt, da er nur in dieser Eigenschaft Mitglied der menschlichen Gesellschaft ist, für die in erster Linie und nicht für deren einzelne das Strafrecht gegeben ist. Wie es verfehlt ist, im Strafrecht vom subjektiven Verhalten abzusehen, ebenso ist es grundsätzlich nicht zu billigen, wenn das Privatrecht ausschliesslich auf das an sich strafrechtliche Element der Verschuldung abstellt.

Man ist sich heute so gewöhnt, ausserhalb dem Obligationennexus jeden Anspruch vom Vorhandensein einer Schuld abhängig zu machen und findet dies als selbstverständlich; es wäre dies nicht der Fall, wenn man nicht immer und lange Zeit die Idee des römischen Rechts als die allein massgebende betrachtet hätte, und mit Recht bemerkt schon Hepp[1]): „Dem gesunden Verstand unserer (d. h. der deutschen) Vorfahren musste daher wohl nicht so einleuchtend gewesen sein, was gegenwärtig dem gesunden Menschenverstand so einleuchtend erscheint und daher fragt man mit Recht, ob jene gleichmässige Beurteilung des Straf- und des Entschädigungszwanges (d. h. privatrechtlichen) auch wirklich auf streng rechtlichen Prinzipien beruhe und aus allgemeinen Gründen wirklich notwendig sei?“ [2])

---

[1]) Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, Tübingen 1838, S. 4.

[2]) Sehr bezeichnend sind in dieser Richtung die vielen Versuche, welche man schon

Wenn wir trotzdem nicht vollständige Herrschaft des Verursachungsprinzipes wünschen, so geschieht es aus praktischen Gründen, weil es oft schwer hält, bei mehrfacher Konkurrenz der Ursachen und deren gegenseitiger Verkettung die eigentliche Triebfeder zu erkennen und es daher besser ist, beim Moment der Verschuldung stehen zu bleiben. Wo aber, wie bei Nichtigkeit der Verträge, besonders gestaltete Verhältnisse vorliegen, da verlangt die bona fides ein Zurückgehen auf den Grundsatz und dies um so mehr, als hier die Voraussetzungen jener praktischen Bedenken nicht mehr, oder wenigstens in weit geringerem Masse vorliegen.[1])

ϑ) *Resultat.*

I. Nach Aufstellung des Grundsatzes lassen sich die einzelnen *Voraussetzungen* unserer Klage daraus ableiten:

1. *Aeusserer Abschluss des Vertrages.* Grundsätzlich müsste die Klage schon vor diesem Zeitpunkt Platz greifen, da schon vorher das Wechselverhältnis von Ursache und Wirkung thätig ist. Allein jeder, der sich auf das Gebiet des Kontrahierens begiebt, weiss, dass unter Umständen seine Bemühungen zu keinem Resultate führen, indem kein Vertrag, nicht einmal dem äussern Scheine nach, zu stande kommt; daher muss er auch allfälligen Schaden seiner eigenen Initiative zuschreiben. Gewöhnlich wird er mit Rücksicht darauf in diesem Stadium auch noch keine weitern Aufwendungen machen, und sollte er es auch, so ist ihm doch ein rechtlicher Anspruch auf deren Ersatz zu versagen, weil er dies entgegen den Übungen eines sorgsamen Menschen gethan. — Einen festen Anhaltspunkt gewinnt der Kontrahent

---

früher gemacht hat, um auch im römischen Recht eine von culpa unabhängige Ersatzpflicht da und dort vorzufinden.

[1]) Siehe hierüber ausführlicher S. 140 u. ff. in der ersten Auflage.

erst mit dem Zeitpunkt, wo scheinbar der Vertrag perfekt; jetzt handelt er vermeintlich nicht mehr aus freien Stücken, sondern rechtlich gezwungen, im Irrtum befangen, auf Grund eines scheinbaren Vertrages, nicht mehr bloss in seinem Interesse, sondern auch zum Vorteil seines Parteigegners. Daher müssen wir von nun an den Schaden auf denjenigen abwälzen, der jene Situation verursacht, und darauf deutet denn auch die Ausdrucksweise der Quellen hin: actio quasi ex empto, ex empto teneri etc. Selbstverständlich müssen wir uns bei der Entscheidung, ob wenigstens ein äusserer scheinbarer Abschluss des Vertrages stattgefunden, auf den Standpunkt der Parteien stellen.

2. *Nichtigkeit des bezweckten Vertrages;* denn im entgegengesetzten Fall ist eine andere Klage gegeben, der in der Regel auch ein anderer materiell-rechtlicher Anspruch zu Grunde liegt. Dass Nichtigkeit nur Ungültigkeit des Vertrages als solchen bedeutet und nicht sagen will, dass an den Thatbestand sich anderswie rechtliche Folgen nicht anknüpfen können, ist schon öfters betont worden. Wie jede ausservertragliche Thatsache nach ihrer Natur von der einen oder andern Rechtswirkung begleitet sein kann, so auch diejenige des Abschlusses eines als solchen nicht wirkenden Vertrages.

3. *Der Geschädigte muss sich im Irrtum befunden haben und frei sein von jeder Nachlässigkeit:* Bei Nichtigkeit wegen Irrtum versteht sich das erste Requisit von selbst. Unter Umständen wird bei beiderseitiger Kenntnis der Sachlage ein bedingter Vertrag vorliegen, so bei Unfähigkeit des Objektes, unter der Bedingung, dass dieses zur Existenz gelangt, bezw. die Eigenschaft der Verkehrsfähigkeit erhält. Hiefür sind natürlich die Rechtssätze über bedingte Verträge massgebend. — In keinem Falle kann, wer in voller Kenntnis der Umstände gehandelt, Schadenersatz verlangen, weil er sich selbst als die Ursache des Schadens betrachten muss. Aber noch mehr, der Kläger muss auch frei sein von jeder Fahrlässigkeit, ausser wenn

auf der andern Seite dolus vorliegt, weil dessen verpflichtende Wirkung nur aufgehoben wird durch Gegendolus, dem gemäss dem oben Gesagten auf unserem Gebiet nicht etwa culpa lata gleichzustellen ist. — Da als Klagfundament blosse Verursachung genügt, so muss nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das höher belastende Moment des subjektiven Verschuldens als rechtsgültige Einrede betrachtet und selbst bei culpa des Klägers eine Kompensation eintreten.

4. Der Schaden muss *durch den Beklagten veranlasst sein;* culpa desselben ist nicht erforderlich.

5. Dagegen ist der Ersatzanspruch nicht abhängig von der *Verpflichtungsfähigkeit des Haftbaren:* Dass vom Standpunkte der Vertragstheorie, des Mandates, der stillschweigenden Zusage etc. aus Verpflichtungsfähigkeit verlangt werden muss, versteht sich von selbst. Argumento e contrario kann man schliessen: Da es sich nicht um vertragliche Verhältnisse handelt, so müssen wir von jener Voraussetzung abstrahieren. Und weiter, da keine culpa vorausgesetzt ist, so ist nicht einmal Zurechnungsfähigkeit ein wesentliches Erfordernis. Das unmündige Kind kann ebensogut mechanische Ursache des Schadens sein wie der Grossjährige; der Geisteskranke ebensogut wie der geistig Normale. Trotzdem lehrt man das Gegenteil von einer Seite aus, die sonst rücksichtlich der Auffassung der juristischen Natur mit uns übereinstimmt; so bemerkt Eisele[1]): „Die Rechtsordnung sagt nur: Du darfst dich darauf verlassen, dass der Erklärung der entsprechende Wille entspricht, nicht aber: Du darfst dich auch darauf verlassen, dass dieser Wille ein rechtsgültiger Wille ist.“ Und ähnlich Regelsberger[2]): „Der gesetzliche Ersatzanspruch ist nicht anders zu behandeln, als wenn sich der Urheber des Schadens ausdrücklich zur Haftung verpflichtet, ein Garantieversprechen abgelegt hätte.“ Es ist Eisele zuzugeben, dass die

[1]) S. 490. [2]) Endemanns Handb. des Handelsr. II, S. 415.

Rechtsordnung so sprechen könnte; aber sie spricht eben nicht so; der Wille kommt überhaupt nur insofern in Betracht, als er ein rechtsgültiger ist, und schon deshalb ist die Unterscheidung von Eisele bedeutungslos; wir müssen demnach bei dem bleiben, was die strenge Rechtskonsequenz verlangt und am allerwenigsten zu Fiktionen greifen, wie sie uns in den citierten Worten Regelsbergers entgegentreten. — Die Analogie mit der negotiorum gestio (Fr. 3 § 4 D d. neg. gest. 3, 5) ist schlecht angebracht; denn einmal handelt es sich hier mehr um vertragliche Verhältnisse, weshalb denn auch auf die Verschuldung abgestellt wird; daher auch die andere Entscheidung bezüglich des Unmündigen, während anderseits nach Regelsbergers Fiktion auch der minderjährige negotorium gestor derselben Behandlung wie der Unmündige unterliegen müsste. Die Ausflüchte jener Verfasser entspringen dem Bedenken, dass die Rechtsordnung bei Annahme einer Haftung rücksichtlich des Schutzes, welchen sie dieser Klasse von Menschen angedeihen lassen will, mit sich selbst in Widerspruch geraten würde; diesem Umstande ist aber durch die Aufstellung der andern oben erwähnten Requisite bereits Rechnung getragen.

II. Wie ist nach dem Vorausgehenden die *Beweisfrage* zu regeln? Nach allgemeinen Beweisregeln liegt dem Kläger ob, den äussern Abschluss des Vertrages, den dadurch eingetretenen Schaden und die Veranlassung des letztern durch den Beklagten zu beweisen, nicht aber seinen Irrtum und noch weniger, dass er frei sei von Fahrlässigkeit; denn dieses sind nicht rechtserzeugende, sondern rechtshindernde Thatsachen, deren Beweis dem Beklagten obliegt, oder um es besser auszudrücken: Die Vermutung spricht dafür, dass der Kläger sorgsam vorgegangen und besonders nicht bei Kenntnis der Sachlage Auslagen etc. gemacht, die er an sich selbst zu tragen befürchten musste. — Dass er eine culpa des Beklagten nicht darzuthun hat, versteht sich nach den obigen Ausführungen von selbst.

Streng juristisch müsste der Kläger auch die Nichtigkeit des Vertrages beweisen; indes wird der Beklagte letztere nur dann nicht anerkennen, wenn das negative Interesse das positive übersteigt, da er ansonst selbst etwas behauptete, was ihn zu mehr verpflichten würde. Für jenen Fall müssen wir uns aber fragen, ob der Beklagte das Recht hat, durch Erfüllung, bezw. Leistung des Erfüllungsinteresses sich vom Ersatz des negativen Interesses zu befreien oder in andern Worten: Ob er nur verpflichtet ist, das negative Interesse bis zur Höhe des positiven zu erstatten. Man bejaht es allgemein und es lässt sich wohl, von dolus abgesehen, nichts dagegen einwenden; vielmehr ist es ein Postulat der Billigkeit, dass niemand mehr erhält, als er bekommen haben würde, wenn alles seinem geäusserten Willen entsprochen hätte. Wir haben es mit einer facultas alternativa zu thun; die Erfüllung, bezw. das Erfüllungsinteresse fungiert hier nicht als Hauptleistung, gegründet auf einen gültigen Vertrag, sondern lediglich als Befreiungsmittel von einer andern Verpflichtung; daher ist es im allgemeinen auch nicht notwendig, dass der Kläger die Nichtigkeit des Vertrages nachweist; er überlässt es ruhig seinem Gegner, wirtschaftlich dasselbe Resultat herbeizuführen, wie wenn ein gültiger Vertrag zu stande gekommen oder seinem eigentlichen Klagpetitum zu entsprechen. — Bloss dann, wenn die eigentliche Erfüllung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden nach Abschluss des Vertrages, also unter der Voraussetzung seiner Gültigkeit die Verpflichtung auch auf das Interesse bereits erloschen wäre, wird der Beweis der Nichtigkeit durchaus notwendig sein, um den Anspruch unabhängig zu machen von nachfolgender Unmöglichkeit. Es wird indes dieser Beweis in den meisten Fällen mit Leichtigkeit sich ergeben aus der Darstellung des äussern Vertragsabschlusses und der damit zusammenhängenden Umstände.

III. *Vererbung und Verjährung:* 1. Da es sich nicht um einen an sich deliktischen Anspruch handelt, so geht die Ver-

pflichtung unbeschränkt auf die Erben über und dies auch dann, wenn in concreto ein Delikt vorliegen sollte, weil selbst dann, soweit nicht eine Modifikation des Anspruches eintritt, nicht auf Grund des Deliktes, sondern der *verursachenden* Handlung gehaftet wird. Dem entspricht auch Fr. 8 § 1 D de relig. 11, 7.

2. Aus dem gleichen Grunde muss man auch als hiefür geltende Verjährung die allgemeine 30jährige erklären. Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse lässt sich keiner Kategorie unterordnen, für die eine ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers kürzere oder längere Verjährungsfrist festgesetzt ist und daher müssen wir der Regel folgen.

b) Nach schweizerischem Obligationenrecht.

I. *Welcher Theorie schliesst sich* nun das S. O.-R. an?

Wir haben oben[1]) gesehen, dass in zwei Fällen (Art. 48 und 58) das Recht von einer Verschuldung abstrahiert, bei Unmöglichkeit der Leistung (Art. 17) vollständig vom Anspruch schweigt; bei wesentlichem Irrtum endlich (Art. 23) und nach richtiger Auffassung auch bei Vertragsunfähigkeit (Art. 33 Alin. 3) wenigstens Fahrlässigkeit als Voraussetzung hinstellt. Von der Notwendigkeit einer Schuld kann man wohl bei Art. 5 Alin. 2 nicht sprechen. Ein Zuwiderhandeln gegen rechtliche Pflichten ist allerdings als Schuld zu taxieren; aber es wird viele Fälle geben, wo der Betreffende ohne jede Verschuldung seinerseits diese Rechtsvorschrift nicht kennt; eine allgemeine Rechtspflicht aber, vom verspäteten Eintreffen einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung Mitteilung zu machen, wird man nicht behaupten können. Es mag der solide Verkehr, besonders in der Handelswelt ein diesbezügliches Vorgehen verlangen; aber des-

[1]) S. S. 68 u. ff. u. S. 74 u. ff.

halb lässt sich ein entgegengesetztes Verhalten noch nicht als Schuld bezeichnen. Es ist eine solche Folgerung um so mehr abzulehnen, als die Gesetzesbestimmung nicht bloss für den Handelsverkehr, wo jener Schluss noch am ehesten zulässig wäre, sondern allgemein massgebend ist. — Nehmen wir noch die über das gemeine Recht hinausgehende Bestimmung des Art. 50 hinzu, so haben wir sämtliche Hülfsmittel, die uns zu Gebote stehen. Können wir damit zu einem sichern Resultate gelangen?

Es hat die Eruierung eines juristischen Prinzipes aus jenen Einzelentscheidungen nicht bloss theoretische, sondern auch praktische Bedeutung, insofern als man bezüglich Unfähigkeit des Objektes wissen muss, ob man sich dabei lediglich an Art. 50, oder an eine der gedachten Einzelentscheidungen zu halten hat. Gewiss ist, dass wir Art. 50 überall da anwenden können und müssen, wo wenigstens eine Verschuldung vorliegt; ebenso klar, dass Art. 5 Alin. 2, 48 u. 58 auf dem Veranlassungsprinzip fussen. Und da nun bloss in zwei Nichtigkeitsfällen (Art. 23 u. 33 Alin. 3) der Anspruch auf das negative Interesse an das Vorhandensein einer Schluld gebunden ist, so könnte man, da sonst die Erwähnung einer Verpflichtung unter dieser Voraussetzung mit Rücksicht auf Art. 50 als überflüssig erscheinen würde, daraus den Schluss ziehen, dass sie als Ausnahmebestimmungen, bezw. Beschränkungen von dem für die Nichtigkeit eines Vertrages überhaupt geltenden Grundsatz, dass der Verursacher schon für den Schaden einzustehen habe, betrachtet sein wollen, d. h. mit andern Worten, dass das S. O.-R. auf dem Boden des Veranlassungsprinzipes stehe.

Indes dürfte diese Folgerung doch etwas zu gewagt und zu gekünstelt sein. Es ist bereits früher bemerkt worden, dass der an sich überflüssige Art. 23 seinen Grund darin hat, Streitfragen aus dem Gebiete der Litteratur wegzuräumen. Einen ähnlichen Zweck verfolgt wohl auch Art. 33 Alin. 3; die Bestimmung will die falsche Schlussfolgerung verhüten, dass, weil

das Gesetz die vertragliche Verpflichtung verneine, damit jede Verpflichtung schlechthin geleugnet sei, was um so begreiflicher, als das Gesetz selbst die Voraussetzungen einer ausservertraglichen Verpflichtung im allgemeinen nach dieser Seite hin zu wenig normiert. So ist man keineswegs genötigt, jene zwei Stellen als Ausnahmebestimmungen vom Grundsatz über die Haftung bei Nichtigkeit des Vertrages zu erklären, während anderseits die von der Schuld abstrahierenden Art. 5 Alin. 2, 48 u. 58 sich leicht als blosse Ausnahmen vom Grundsatz: ohne culpa keine Verpflichtung, erkennen lassen.

Art. 5, Alin. 2, ist im Interesse der Verkehrssicherheit mit Rücksicht auf den häufigen Abschluss von Verträgen unter Abwesenden und den dabei möglichen Verkehrsstörungen gegeben. — Von der gleichen Anschauung geht Art. 48 aus; das heutige Verkehrsleben bringt es mit sich, dass man sich oft zum Abschluss von Verträgen Dritter als Mittelpersonen bedient; daher soll man sich auch auf diese verlassen können, wenigstens insoweit, als man vom falsus procurator Schadenersatz, wenn auch nicht Erfüllung verlangen kann. Da letzterer immerhin als Kontrahent fungiert, so lag es nahe, die Rechtssätze über den ausservertraglichen Verkehr hier bei Seite zu setzen, ihn gleichsam in das vertragliche Verhältnis hineinzuziehen in Anlehnung an das frühere Recht und teilweise jetzt noch herrschende Anschauungen und gleichsam als Konzession für das negative Interesse von einer culpa zu abstrahieren; dies um so bereitwilliger, weil meistens der falsus procurator von Schluld nicht frei zu sprechen ist und jedenfalls Dasein und Umfang seiner Vollmacht besser kennen soll als der Gegner. — Art. 58 endlich führt sich selbst mit den Anfangsworten: „aus Rücksichten der Billigkeit kann der Richter ausnahmsweise etc.“ als Ausnahmsbestimmung ein und ist auch als solche rücksichtlich des ganzen Abschnittes über unerlaubte Handlungen klar erkennbar.

So müssen wir also sagen: Das S. O.-R. ist auch bezüglich des negativen Vertragsinteresses Anhänger des Verschuldungsprinzips, von dem aber bei besonders gestalteten Verhältnissen abgewichen wird zu Gunsten des Verursachungsprinzips. Das entspricht denn auch dem Charakter des ganzen O.-R., das sich so ziemlich an die gemeinrechtliche Verschuldungstheorie anlehnt, wenn man absieht von der Erweiterung der lex aquilia. Gerade letzterer Umstand mochte aber dazu beitragen, dem gemeinen Recht in Bezug auf das negative Vertragsinteresse nicht zu folgen, weil ein gleiches Bedürfnis nach einer Ausnahmsbestimmung nicht vorhanden war, nachdem man auch die culpa allgemein als Verpflichtungsgrund anerkannt.

Das ist auch allgemein der Standpunkt der modernen Gesetzbücher. Anders kann auch Art. 1382 des code civil français nicht ausgelegt werden. Wenn nach Pardessus [1]) und Delamarre und Lepointoin [2]) die französische Rechtswissenschaft und Rechtssprechung darüber hinaus bis zur Haftung ohne culpa fortgeschritten, so hält sie sich dabei nicht mehr an das Gesetz, sondern an das Rechtsgefühl, das beim praktischen Franzosen immer eine grosse Rolle spielt. In diesem Fortschreiten war sie um so weniger gehindert, als ihr nicht Spezialbestimmungen für die einzelnen Nichtigkeitsfälle entgegenstanden, die ein Abweichen von einer darin aufgestellten Norm, oder richtiger gesagt, eine freie Interpretation nicht in demselben Masse zu gestatten scheinen. Sie legt damit ebenso wie das S. O.-R. durch seine Ausnahmebestimmungen in Art. 5, Alinea 2, 48 und 58 Zeugnis ab für die Richtigkeit des Gedankens, welcher dem Veranlassungsprinzip zu Grunde liegt und der auch im S. O.-R. bezüglich des negativen Vertragsinteresses mehr hätte zum Ausdruck gelangen sollen.

---

[1]) Cours de droit com. I, no. 250. [2]) Traité théorique et pratique de droit com. I, no. 117.

II. Die *Beweisfrage* gestaltet sich der Verschiedenheit der materiellen Normierung entsprechend ebenfalls verschieden. Wo es sich nur um Spezialanwendungen des Art. 50 handelt, da kommen die für letztern massgebenden Beweisgrundsätze zur Anwendung. Bei Art. 58 muss nicht die Schuld, wohl aber grundsätzlich die Unzurechnungsfähigkeit bewiesen werden, weil diese eigentliche Voraussetzung des Anspruches ist; grundsätzlich sagen wir; denn regelmässig wird die gleiche Handlung (im weitern Sinne des Wortes) bei Zurechnungsfähigkeit sich als Verschulden qualifizieren, mithin der Beklagte kein Interesse daran haben, die Unzurechnungsfähigkeit zu leugnen. Ja noch mehr; nur unter dieser Voraussetzung ist überhaupt Art. 58 anwendbar; die gegenteilige Auffassung würde zu einer ungerechtfertigten und vom Gesetzgeber jedenfalls nicht gewollten Schlechterstellung der Unzurechnungsfähigen gegenüber den andern führen, wenn man auch vom Moment der Zurechnungsfähigkeit selbst absieht. — Es liegt mithin dem Kläger auch der diesbezügliche Beweis ob, dass die Handlung, von einem Zurechnungsfähigen begangen, eine culpa involvieren würde. — Hat er auch die Umstände darzuthun, welche nach der Billigkeit die in diesem Artikel statuierte Abweichung vom Grundsatz rechtfertigen? Gewiss; denn sie gehören mitsamt den andern Elementen zum Klagfundament; damit ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass der Richter in der Beweiswürdigung sich dem ganzen Charakter des Rechts und speziell dieser Bestimmung entsprechend möglichst frei bewege.

Im Falle mangelnder Vollmacht (Art. 48) hat der Kläger die Ablehnung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung seitens des angeblichen Vertretenen zu beweisen, und nicht bloss das, sondern auch, ob diese Ablehnung der Genehmigung mit Grund erfolgte, oder vielmehr, dass eine Vollmacht gar nicht oder nicht im behaupteten Umfang bestand; denn von diesem Umstand hängt ja die Gültigkeit oder Ungültig-

keit des Vertrages und damit ein Anspruch auf das negative Interesse ab. Das scheint auf den ersten Blick hart zu sein, da doch der Vertreter weit eher Aufschlüsse zu geben im stande ist über ein diesbezügliches Wechselverhältnis, stimmt indes mit dem Wesen der Vollmacht als einer Erklärung an den Dritten und erfährt eine Milderung durch die Möglichkeit einer Streitverkündigung. Dagegen hat der Beschädigte nicht zu beweisen, dass er den Mangel der Vollmacht nicht kannte oder nicht hätte kennen sollen; es bildet vielmehr das Gegenteil den Gegenstand einer beklagtischen Einrede, bezw. ihres Beweises.

Ist endlich die Mitteilung der verspäteten Ankunft einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung unterlassen worden (Art. 5 Alin. 2), so hat der dadurch geschädigte Kläger die rechtzeitige Absendung der Annahmeerklärung, das vollständige Unterlassen oder zu späte Erfolgen der erwähnten Mitteilung und selbstverständlich auch den Schaden zu beweisen. Dagegen hat der Beklagte die Einrede, dass er gebunden sein wolle, was leider, wie bereits oben bemerkt, zu misslichen Konsequenzen führen kann.

III. *Vererbung und Verjährung:* 1. Die Vererbung richtet sich nach kantonalem Rechte, da dieses über den Übergang bereits begründeter *Rechtsansprüche* verfügt und das S. O.-R. nur Aufschluss giebt, ob und inwieweit obligatorische *Rechtsverhältnisse* in der Person des Erben fortdauern. Ein näheres Eingehen auf diese Frage ist daher hier auch nicht geboten.

2. Bezüglich der Verjährung gestaltet sich die Antwort wieder verschieden je nach den Einzelfällen. Da das S. O.-R. für unerlaubte Handlungen ausserhalb des Vertragsbereiches eine einjährige Verjährungsfrist festgesetzt mit der Modifikation des Art. 69, so muss diese in all' unsern Fällen gelten, wo culpa vorausgesetzt ist, also in Art. 17, 23 uud 33 Alin. 3. [1]) Sie be-

[1]) Der Entwurf von 1877, Art. 166, Alinea 2, unterwarf im Fall des Art. 23 den Anspruch der dreijährigen Verjährung, welche Art. 186 für Schadenersatz und

zieht sich indes auch auf Art. 58; denn das verlangt schon die Stellung des Art. 69 zum ganzen Abschnitt über die unerlaubten Handlungen. Anders bei Art. 5 Alin. 2 und 48. Der Hinweis auf den ausservertraglichen Charakter liefert keinen Beweis für das Gegenteil; denn bekanntlich hat man es bei der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag ebenfalls mit ausservertraglichen Verpflichtungen zu thun und doch werden diese von der allgemeinen Verjährungsfrist beherrscht. Allerdings treffen gewisse Gründe für die Einführung einer kürzern Verjährungsfrist auch in diesen Fällen zu, indem es erwünscht sein muss, möglichst schnell zu wissen, ob ein Anspruch auf Erfüllung oder nur auf Schadenersatz begründet und speziell dem falsus procurator, ob er durch seine Stellvertretung in ein Rechtsverhältnis eingetreten oder nicht. Aber das sind doch lediglich rechtspolitische Erwägungen, die keine positive Rechtsregel zu begründen vermögen, um so weniger, als auf der andern Seite sicher ein Motiv zur Statuierung einer kürzern Verjährungsfrist, nämlich die Sicherung des Beweises, nicht in demselben Masse vorhanden, wie bei den übrigen Fällen, indem vor allem ein subjektives Verschulden, dessen Konstatierung immer sehr schwierig, nicht nachgewiesen werden muss. Es sind demnach die allgemeinen Verjährungsbestimmungen, d. h. Art. 146 u. ff. auch für Art. 5 Alin. 2 und 48 als massgebend zu erklären.

c) Nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Die Erörterungen S. 77 u. ff. haben ergeben, dass das B. G. B. die einzelnen möglichen Fälle verschieden behandelt, und angesichts dieser Thatsache dürfte eine einheitliche Konstruktion schwer halten. Zwar weist die Bemerkung der Kom-

---

Interesseforderungen, nicht verursacht durch Betrug oder grobe Fahrlässigkeit oder Unvorsichtigkeit aufstellt.

[illegible] auf das Verschuldungsprinzip [illegible] direkte Anwendung desselben; § [illegible] lässt [illegible]. § [illegible] diese Auffassung der rechtlichen Stellung des Stellvertreters erklären; und mit der Charakterisierung des § 100 als einer Sonderbestimmung, die ohnehin mehr der Erklärungstheorie entgegenzukommen ihren Zweck hat, wäre alsdann das Prinzip gerettet. Allein nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der Wille des Gesetzes ist entscheidend und letzterer spricht zweifellos mehr für das Veranlassungsprinzip.[2]) Gerade da, wo unser Institut in der Rechtsentwickelung seine bedeutendste Ausbildung erhielt und wo es zumal heute die wichtigste Rolle spielt, wir meinen beim Irrtum, hat sich das B. G. B. zielbewusst auf Seite des Veranlassungsprinzipes gestellt. Wenn man anfänglich trotz Willensmangel bei grober Fahrlässigkeit den Vertrag gültig sein liess, so lag darin offenbar ein Kompromis mit der Erklärungstheorie; mit der Beseitigung dieser Bestimmung hat man aber das Willensdogma wiederum auf den Schild erhoben, und jede Konstruktion für eine Haftbarkeit trotz Willensmangel muss nunmehr auf ausservertraglichem Gebiet stattfinden und, sofern ein Verschulden nicht vorliegt, das Veranlassungsprinzip zur Grundlage haben.

Man spricht auch bei der Stellvertretung des B. G. B. von einer Garantie, von einem Garantieversprechen; die Motive haben nicht unterlassen, darauf hinzudeuten.[3]) Einer solchen Konstruktion widersprechen bei der Fassung des I. Entwurfes wenigstens die rechtlichen Folgen nicht, welche der Entwurf

[1]) Siehe Protok. S. 453. [2]) Die Motive zum ersten Entwurfe äussern sich S. 195 dahin: „Ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf einen Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf." Wenn dies auch richtig, so muss indes doch die Lösung nach dem Sinn und Geist des Gesetzes erfolgen. [3]) I, S. 244.

selbst zieht, indem immer auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse gehaftet wird. Und das gleiche Zugeständnis kann man heute noch bezüglich des Gesetzes machen für den Fall, dass der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, weil dieser alsdann in gleicher Weise wie nach dem Entwurfe haftet. Aber die Bestimmung von § 179 Alinea 2 kann nur auf das Veranlassungsprinzip zurückgeführt werden, und zwar auch dann, wenn in concreto ein Verschulden des Stellvertreters vorliegt; denn auch dann wird die Verpflichtung nicht auf das Verschulden, sondern auf die Veranlassung basiert, was am besten der Umstand beweist, dass bei irgendwelchem Verschulden der Gegenpartei jede Verpflichtung des Stellvertreters wegfällt. Vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes aus lässt sich diese kategorische, allgemeine Bestimmung nicht erklären, und vollends gar nicht vom Gesichtspunkte eines Garantieversprechens aus. Der Ausschluss der Haftbarkeit des geschäftsbeschränkten Stellvertreters ist allerdings damit nicht vereinbar. Aber diese Bestimmung ist und bleibt eben ein Widerspruch im B. G. B., hervorgegangen aus dem grossen Wohlwollen, welches man glaubt dem Minderjährigen und den ihm Gleichgestellten entgegenbringen zu müssen; man wollte nicht mit der einen Hand nehmen, was man mit der andern gegeben hatte. Das Nämliche ist bezüglich Haftpflicht bei Unfähigkeit des Subjektes überhaupt zu betonen.

So sind einzig noch § 307 u. ff., die nicht in den Rahmen des Veranlassungsprinzipes eingefügt werden können. Hier schien das sonst überall nachhelfende Garantieversprechen[1]) zu versagen; es sollen in diesem Falle nach den Ansichten der Kommission nicht diejenigen Rücksichten obwalten, die sich beim Irrtum geltend machen. Aber all' das berechtigt uns noch nicht, § 122 als Ausnahme und § 307 als Regel zu betrachten; viel-

[1]) Siehe Protok. I, S. 453.

mehr ist das gegenseitige Verhältnis folgendermassen zu konstruieren: § 122 u. § 179 bringen den Grundsatz betreffend negativem Interesse, d. h. das Veranlassungsprinzip zum Ausdruck, das als solches allerdings im Gegensatz steht zur allgemeinen Verschuldungstheorie des B. G. B. Von diesem Veranlassungsprinzip ist man aber bei Unmöglichkeit der Leistung abgewichen mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse, die hier vorliegen sollen.

II. Die *Beweislast* regelt sich bei § 122 ähnlich wie im gemeinen Recht.[1]) Mit dem Nachweis des ausservertraglichen Vertragsabschlusses und des eingetretenen Schadens hat der Erklärungsempfänger seine Pflicht zur Anspruchsbegründung erfüllt. Dem Erklärenden liegt event. der Beweis ob, dass den Erklärungsempfänger dolus oder Fahrlässigkeit treffe oder in quantitativer Beziehung, dass das Erfüllungsinteresse nicht die Höhe des negativen Interesses erreiche.

Bezüglich des falsus procurator hat das B. G. B. die Beweislast des gemeinen Rechtes umgestürzt; nicht der Dritte hat den Beweis der mangelnden Vollmacht des Stellvertreters, sondern dieser den event. Gegenbeweis zu erbringen, weil, wie Eck[2]) sich ausdrückt, für letztern die Klarlegung seines Verhältnisses zum Vertretenen meist sehr leicht, für den Dritten dagegen meist sehr schwierig sein wird. Das B. G. B. hat zwar diesen Grundsatz ausdrücklich nur in Alin. 1 des § 179 ausgesprochen, wo es sich um das Erfüllungsinteresse handelt; allein der Zusammenhang mit Alin. 2 weist offenbar darauf hin, dass auch hier die Beweislast im gleichen Sinne verteilt sein soll. — Macht der Vertreter geltend, dass er in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt sei, so hat der Vertreter hiefür den Beweis zu erbringen, während dem Dritten der Beweis offen steht, dass der Stellvertreter mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters

[1]) Siehe oben S. 157. [2]) l. c. S. 75.

gehandelt. — Bei Unmöglichkeit der Leistung hat der Kläger den Abschluss des Vertrages, dolus oder culpa des Gegners und den Schaden zu beweisen; und dem Beklagten liegt der Beweis ob für die Richtigkeit seiner Einrede, es treffe den Kläger ebenfalls ein Verschulden. Man hat in der zweiten Lesung dem Kläger den Beweis seines Nichtverschuldens auferlegen wollen;[1]) allein die Mehrheit hielt nicht für angezeigt, in diesem Punkte von einem allgemeinen Beweisgrundsatze abzuweichen. Was für die einfache Obligation, das gilt analog auch für jene Fälle der Alternativobligation, wo das negative Interesse in Frage kommt. Belangt der Versprechensempfänger den Versprechenden, weil die anfänglich noch möglichen Leistungen später ebenfalls unmöglich geworden,[2]) so hat ersterer überdies streng genommen den Beweis der nachfolgenden Unmöglichkeit der übrigen Leistungen und der Nichthaftbarkeit des Schuldners hiefür zu erbringen; er kann diese Pflicht aber dadurch von sich abwälzen, dass er das Rechtsbegehren alternativ stellt, auf Erfüllung der einen Leistung, bez. auf das entsprechende Erfüllungsinteresse, oder Ersatz des negativen Interesses bezüglich der andern Leistung.

III. *Vererbung und Verjährung.* 1. Nach § 1967 haftet der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten; eine Ausscheidung gewisser Verbindlichkeiten von dieser Folge, wie sie das römische und gemeine Recht kennt, ist dem B. G. B. fremd. Es haftet daher der Erbe auch für das negative Vertragsinteresse, mag ein Verschulden des Erblassers vorliegen oder nicht.

2. Nicht so leicht lässt sich die Frage bezüglich *Verjährung* beantworten. Unter den der kurzen Verjährung von zwei, bez. vier Jahren unterliegenden Ansprüchen der §§ 196 u. 197 suchen wir den auf das negative Interesse umsonst. Die regelmässige Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 195 erscheint

[1]) Antrag 3, siehe Protok. S. 450. [2]) siehe oben S. 83.

für die Verhältnisse unseres Anspruches zu lang. Anderseits lässt sich der Anwendung der dreijährigen Verjährungsfrist gemäss § 852 entgegenhalten, dass wenigstens bei Irrtum und Stellvertretung von einer unerlaubten Handlung, von welcher eben § 852 spricht, an sich nicht die Rede sein kann. Allein wir dürfen doch den Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht zu eng interpretieren. Unzweifelhaft will diese Verjährungsfrist von 3 Jahren für alle Ansprüche, von welcher dieser Titel 25 handelt, gelten; und doch finden sich unter diesen auch solche, bei welchen kein Verschulden vorausgesetzt,[1]) wo mithin von der Unerlaubtheit vollständig abstrahiert ist. Es würde dies die Vermutung nahe legen, dass man die Grenze nicht zwischen erlaubter und unerlaubter Handlung, sondern eher zwischen vertraglichen und ausservertraglichen Verhältnissen durchziehen müsste. Allein auch bezüglich des B. G. B. treffen die nämlichen Motive zu, welche oben[2]) für das S. O.-R. angeführt wurden. Auch das B. G. B. weiss z. B. bei der Bereicherungsklage, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nichts von einer besondern, kürzern Verjährungsfrist; und da zumal bei der Stellvertretung auch für die Haftung des Stellvertreters auf das negative Interesse der Vertragsgedanke immer noch nicht zurückgedrängt ist, so liegt es nahe, wenigstens für diesen Fall das negative Interesse der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren zu unterwerfen. Ähnlich lässt sich bezüglich § 122 argumentieren; die kurze Anfechtungsfrist gemäss § 121 spricht natürlich nicht dagegen.[3])

So hätten wir demnach für das negative Interesse bei Unfähigkeit des Subjektes und ebenso bei Unmöglichkeit der Leistung, weil in letzterem Fall culpa, mithin eine unerlaubte Hand-

---

[1]) siehe §§ 829, 833, 835. [2]) S. 165. [3]) Eher dafür Alin. 2 des § 121, wo für die Anfechtung im Falle der Nichtkenntnis des Anfechtungsgrundes eine Frist von 30 Jahren festgesetzt ist.

lung vorausgesetzt ist, die dreijährige Verjährungsfrist des § 852, beim Willensmangel und bei der Stellvertretung die 30jährige des § 195.

4. Praktische Verwendbarkeit des negativen Vertragsinteresses.

Wenn man auch theoretisch gegen das negative Vertragsinteresse nichts einzuwenden hat, so soll doch der Mangel seiner praktischen Verwertbarkeit die Aufnahme ins Rechtssystem hindern.[1]) Das negative Interesse ist ein zu wenig praktikabler Begriff: deshalb haben wohl auch die Römer diesen Begriff niemals aufgestellt; fragt man sich nämlich, wie eine solche Entschädigung zu bestimmen sei, so kommt man an die grössten Schwierigkeiten.[2]) „Die Parteien sind damit dem Prozess verfallen.“[3]) „Das negative Interesse widerspricht durchaus dem gesunden Sinn der klassischen Jurisprudenz für die Praktikabilität des Rechts.“[4]) „Wie soll der Empfänger beweisen, was er gethan haben würde, wenn vielleicht die Absicht zu verkaufen nur in seinem Kopfe lebte?“[5]) „Der Erklärungsnehmer müsste das Dasein und den Umfang der daraus erwachsenen Ansprüche beweisen; augenscheinlich ist dieser Beweis aber oft schwer.“[6])[7])

Was ist auf diese Einwände und Bedenken zu erwidern?

1. Dem positiven Recht gegenüber handelt es sich nicht darum, was praktisch und unpraktisch ist, sondern was zu Recht besteht; jener Umstand könnte bloss ein leitendes Motiv sein de lege ferenda, und ein Antrieb, das Beweisverfahren dement-

---

[1]) So Bekker, krit. V. J. Sch. XXII, S. 57; Bähr Jahrb. der Dogm. VI, S. 305 u. XIV, S. 422; Kohler, Jahrb. d. Dogm. XVIII, S. 226; Hartmann, Arch. f. d. civilist. Prax. LXXII, S. 214. Für die Praktikabilität: Eisele, S. 501 u. ff., Windscheid, Arch. f. d. civil. Prax. LXIII, S. 105; vergl. noch Dernburg, Preuss. Privatrecht II, S. 164, Note 1. [2]) Bähr, a. a. O. XIV, S. 422. [3]) Kohler, a. a. O. S. 227. [4]) Hartmann, a. a. O. [5]) Bähr, a. a. O. VI. S. 305. [6]) Bekker, a. a. O. [7]) siehe auch Motive I zum Entwurf, S. 195.

sprechend zu gestalten, sodass das materielle und formelle Recht sich gegenseitig regulieren. Daher ist es auch unzulässig, gegen die klaren Quellenerzeugnisse den praktischen Sinn der klassischen römischen Jurisprudenz ins Feld zu führen; wollte man nach diesem Grundsatz vorgehen, so müsste man noch viele rechtliche Institute aus dem corpus juris verbannen. Ja noch mehr; man müsste zu einem streng formalen Rechte zurückkehren, weil bei einem solchen und nur bei einem solchen die Folgen sich regelmässig mit mathematischer Sicherheit berechnen lassen. Und doch hat schon das klassische römische Recht in wohlgefühltem Bedürfnis diese Fesseln gesprengt und noch mehr das heutige und besonders das Recht des Verkehrs, auf den doch die Gegner immer hinweisen. Es mag ja für gewisse Zwecke das formale Recht mit sichern Grössen seine gute Berechtigung haben; so tritt das augenscheinlich hervor bei dem heutigen Wechselrecht; aber dieses Spezialrecht ist doch seinem Umfange nach beschränkt und erhält selbst wieder einen Regulator durch das hinter ihm stehende Civilrecht.

2. Es lässt sich nicht einsehen, warum die Berechnung des negativen Interesses schwieriger sein soll als die Berechnung irgend einer andern Interesseforderung; man hat es bei jenem wie bei diesem und speziell dem Erfüllungsinteresse mit dem lucrum cessans sowohl als mit dem damnum emergens zu thun. Der Beweis des Umfanges des erstern wird immer Schwierigkeiten bereiten und man wird sich diesbezüglich mit einer hohen Wahrscheinlichkeit begnügen müssen; wir können in dieser Beziehung mit Eisele [1]) gegen Bähr sagen: „Wir fragen nicht: Sind denn überhaupt solche Dinge, die möglicherweise hätten geschehen können, zu erweisen, sondern wir würden erklären: Was nach der Durchschnittserfahrung geschieht, von dem braucht nicht erwiesen zu werden, dass es auch in diesem konkreten Fall ge-

[1]) S. 504.

schehen wäre, sondern das Gegenteil muss bewiesen werden.“ An diesen Durchschnittsmasstab hat man sich überhaupt oft zu halten im Rechtsleben und es berechtigt dieser Umstand keineswegs, einfach zu erklären, dass wegen Schwierigkeit des Beweises ein Anspruch auf Erfüllung begründet sei. Es würde eine dahin gehende Bestimmung auch zwecklos sein in allen jenen Fällen, wo die Erfüllung unmöglich wäre und das Erfüllungsinteressse an seine Stelle zu treten hätte wie bei Unfähigkeit des Objektes, weil man dann eben bei seiner Berechnung mit den gleichen Schwierigkeiten zu kämpfen hätte.

Wenn man die Forderung des negativen Interesses gestattet und nur die des negativen, so werden damit — das geben auch die Gegner zu — am genauesten die wirtschaftlichen Folgen ausgeglichen, welche der Abschluss des nichtigen Vertrages mit sich gebracht und damit dem eigentlichen Zwecke des Privatrechtes am besten entsprochen. Das ist aber gewiss im eminenten Sinne des Wortes praktisch, praktisch für die Kontrahenten, indem jedem zugeteilt wird, was ihm gehört, wenn auch nicht für den Richter. Indes, sollte man glauben, ist doch letzterer nicht bloss deshalb auf den Richterstuhl gesetzt, um ein mathematisches Rechenexempel auszuführen, sondern um von dem ihm eingeräumten freien richterlichen Ermessen gehörigen und vernünftigen Gebrauch zu machen. [1]) Wenn Kohler meint, mit dem Hinweis auf das freie richterliche Ermessen seien die Parteien dem Prozesse verfallen, so müssen wir uns eben eingedenk sein, dass diese

[1]) Mit Recht unterscheidet Zitelmann, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 410, zwischen höherer Zweckmässigkeit, die in der Gerechtigkeit, und der niedern, die in der Bequemlichkeit und Sicherheit in der Handhabung des Rechtssatzes, in der Berücksichtigung der Möglichkeit, dass der Böswillige jenes Satzes sich zu seinem Zwecke bediene, Kurzsichtigkeit des Richters, Beschränktheit des Parteiinteresses besteht. — Dagegen können wir der dritten von Zitelmann betonten Zweckmässigkeit, der Zweckmässigkeit der Schule und des logischen Systems, die zwar nicht über den Inhalt, aber über die Formulierung entscheiden soll, nicht viel Bedeutung abgewinnen, weil eben der Inhalt die Haupt- und die Form nur Nebensache ist.

Institution gerade für solche Fälle geschaffen ist, wo die Rechtsverhältnisse unsicher sind; ja man dürfte vielleicht umgekehrt sagen: Gerade infolge des Respektes der Parteien vor dem freien richterlichen Ermessen und der Unsicherheit der Entscheidung mögen sich die Parteien bewogen fühlen, ihre Angelegenheit gütlich auszufechten.

Es ist einmal unmöglich, im Gesetz alle Umstände zu berücksichtigen; stellt es daher eine kategorische Regel auf, so verletzt es im konkreten Fall den einen oder andern Kontrahenten und so auch in unserem. Es ist eigentümlich, dass man immer nur vom Beschädigten spricht, als ob sein Gegner keinen Anspruch auf eine gerechte Behandlung hätte, und doch stehen vor der Rechtsordnung Erklärungsnehmer wie Erklärungsempfänger etc. gleichberechtigt da. Es ist bereits früher bemerkt worden, dass die Natur des unserem Falle zu Grunde liegenden Thatbestandes nicht weiter führt als zur Haftung auf das negative Vertragsinteresse; es soll alles wieder so hergestellt werden, wie wenn gar kein Vertragsabschluss stattgefunden; denn einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages hat, vom pactum de contrahendo abgesehen, niemand.

Nun kann aber das negative Vertragsinteresse kleiner, gleich oder grösser sein als das Erfüllungsinteresse. Im erstern Fall müsste nach der gegnerischen Ansicht der Beschädigende, nur um seinem Gegner den Beweis zu erleichtern, mehr bezahlen als man streng genommen von ihm verlangen könnte, was er um so mehr empfinden muss, wenn ihn keine Schuld trifft. Stehen beide Interessen einander gleich, so hat unsere Streitfrage keine praktische Bedeutung; dies wird besonders im Handelsverkehr häufig vorkommen, weil der Umsatz der Vertragsgegenstände hier ein weit schnellerer ist. Das ist auch der Grund, warum in erster Linie das Handelsrecht nur vom Erfüllungsinteresse spricht, nicht etwa deshalb, weil es vor der Berechnung des negativen Interesses zurückschrecken würde, sondern weil ein Bedürfnis hiefür

auf seinem Gebiete nicht oder weniger vorhanden. Es kann endlich das negative Interesse das Erfüllungsinteresse übersteigen; für diesen Fall haben wir oben das positive als Maximalgrenze für das negative festgesetzt und insofern gilt hier das Nämliche, wie bei gleicher Höhe der Interessen. Indes haben wir dabei doch vom Fall des dolus abgesehen, und gerade in dieser Richtung dürfte es der gegnerischen Theorie schwer halten, in hinreichendem Masse gegen den dolus zu reagieren durch blosse Haftung auf das Erfüllungsinteresse; sie thut es dadurch, dass sie dem Beschädigten das Wahlrecht zwischen Erfüllungs- und negativem Interesse giebt. Will sie aber dies nicht als blosse Ausnahme für den Fall des dolus gelten lassen, — und es dürfte dies schwer halten — so gelangt sie zu einer Regel, welche den Beschädigenden noch weit mehr von der Willkür und Spekulation des Gegners abhängig macht. Diese einseitige Belastung tritt besonders klar hervor bei nicht onerosen Verträgen, so bei der Schenkung; nach der gegnerischen Theorie muss, sofern man nicht eine Ausnahme machen will, wie Hartmann thut, der Schenker einfach erfüllen, während nach unserer Anschauung bloss das negative Interesse zu leisten ist und das gerade in einem solchen Falle sehr klein sein und so der Natur des Geschäftes auch am besten entsprechen wird.

3. Es bietet die Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses speziell dann keine besondern Schwierigkeiten, wenn sie unabhängig ist vom Vorhandensein einer culpa, also im gemeinen Recht und in den bewussten Fällen des S. O.-R. und des B. G. B. In der That wird es weit schwieriger sein, über das innere Verhalten zu einem definitiven Resultat zu gelangen, da uns hiefür weniger objektive Anhaltspunkte gegeben sind als für die Berechnung des negativen Interesses und des Interesses überhaupt. Aber selbst wenn das Recht die culpa zur Voraussetzung machen würde, wäre dieser Umstand noch kein Grund, den Begriff und seine Verwendung als etwas Verfehltes hinzustellen;

sonst müsste man konsequent mit allen andern Ansprüchen ähnlich verfahren, die von irgend einer culpa abhängig sind und es würde für diese ebensogut wie für jenen die Befürchtung von Bekker Platz greifen, es könnte die Bestimmung der culpa vom rein kriminalistischen Gesichtspunkt aus erfolgen.

B. Casuistik.

Da die Quellen des gemeinen und teilweise auch des schweizerischen O.-R. sowie das B. G. B. die Grundsätze über das negative Vertragsinteresse nicht allgemein, sondern in Einzelentscheidungen aussprechen, so war es schon im Vorhergehenden notwendig, auf die einzelnen Nichtigkeitsfälle einzugehen; es kann sich daher jetzt nur noch darum handeln, das auf die einzelnen Gruppen Bezügliche kurz zusammenzufassen, den einen oder andern Punkt näher zu erläutern und gegen Angriffe sicher zu stellen.

1. Unfähigkeit des Subjektes.

I. Gemeines Recht:

1. Wir haben bereits gesehen, dass die Quellen bei mangelnder Vertragsfähigkeit des Subjektes von einem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse schweigen. Folgt hieraus, dass sie einen solchen nicht anerkennen, oder dass die Anerkennung eines solchen mit ihren anderweitigen Äusserungen und diesbezüglichen Auffassungen nicht gut übereinstimmt? Wenn nicht, so wird uns nichts hindern, die Lücke, welche das Rechtssystem in dieser Richtung aufweist, auszufüllen; ja der Zweck der Wissenschaft zwingt dazu. Denn wenn es schon dem Gesetz nicht möglich

ist oder des Gesetzgeber nicht immer daran denkt, alle möglichen Fälle erschöpfend zu normieren, so wird dies noch weit mehr der Fall sein beim casuistischen und gewohnheitsrechtlichen Charakter des römischen Rechts; und gerade die Wissenschaft hat doch die Aufgabe, gestützt auf die Erfahrung und mit Rücksicht auf den ganzen Geist der zu ergänzenden Rechtsnormen, die notwendige Supplierung vorzunehmen.

2. Nun sagen erstlich die Quellen, was die *Minderjährigen* betrifft, nur, dass gegen die infantes gar keine, gegen die impuberes nur, wenn sie pubertati proximi sind, eine actio doli, bezw. eine actio legis Aquiliae begründet sei;[1]) über die Folgen einer Handlung, die bei Grossjährigen auch im Falle mangelnden dolus, bez. mangelnder culpa rechtliche Verpflichtungen erzeugt, ist damit nichts erklärt und es lässt sich auch nicht einsehen, warum man, nachdem man einmal von der Zurechnungsfähigkeit beim Anspruch auf das negative Vertragsinteresse abstrahiert, einen Unterschied machen will zwischen Minderjährigen und Volljährigen.[2]) Es ist dies um so weniger gerechtfertigt als in den

[1]) Fr. 5 § 2 D ad leg. Aq. 9, 2.

[2]) Zum nämlichen Resultat soll nach Drexler, S. 24 und 25, die Ihering'sche Konstruktion führen, was für ihn ein Argument gegen die Richtigkeit derselben ist, indem nämlich das vertragsunfähige Subjekt in bestehenden Kontraktsverhältnissen ebenfalls culpa zu prästieren habe, nach Ihering aber die culpa in contrahendo dieser gleich behandelt werden müsse. Die Voraussetzung Drexlers ist indes falsch; nicht bloss soll das unfähige Subjekt von sich allein aus nicht in Vertragsverhältnisse, wenigstens nicht nach der verpflichtenden Seite hin, eintreten können, sondern auch innerhalb derselben, wenn sie einmal durch andere Faktoren ins Dasein gerufen, nicht für culpa, soweit sie vertragliche Natur haben, einstehen müssen. Man könnte demnach aus Iherings Auffassung eher den entgegengesetzten Schluss ziehen; weil beide Arten der culpa die nämliche Behandlung erfahren, so folgt aus dem Mangel eines Anspruches bei vertraglicher auch Freiheit von jeder Verpflichtung bei ausservertraglicher Schuld. Ihering selbst leugnet zwar die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung, indem er sie (S. 59 und 60) als eine petitio principii bezeichnet. Aber es lässt sich nicht einsehen, warum; denn sie stützt sich auf den von ihm selbst verteidigten Satz von der Verpflichtung zur gleichen Diligenz auf beiden Gebieten, für welch' eines derselben die rechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung durchaus

praktischen Fällen, dass puberes einen Vertrag schliessen — denn in den andern wird der Gegenkontrahent bei einiger Aufmerksamkeit die Handlungsunfähigkeit erkennen können — auch sonst beide Klassen, soweit es sich um ausservertragliche Verpflichtungen handelt, einander gleichgestellt sind. Ja, genauer betrachtet, besteht diesbezüglich überhaupt kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Voll- und Minderjährigen; es wird nur bei letztern unter Umständen etwas nicht als Schuld taxiert, was bei erstern zu diesem Thatbestand genügt; so spricht denn auch Fr. 5 § 2 D ad leg. Aquil. 9, 2 vom injuriae capax und stellt diesen Fall mit dem des furiosus zusammen, von welchem es heisst: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Daher hat auch das römische Recht die Grenzen nicht scharf gezogen, sondern die richtige Entscheidung der Einzelprüfung überlassen, bei welcher es möglich ist, alle individuellen Umstände zu berücksichtigen. Also nicht die culpa der Minderjährigen als solche erfährt im römischen Recht eine mildere Behandlung. Demnach ist es angezeigt, dass bezüglich Haftung auf Grund blosser Verursachung eine grundsätzlich verschiedene Behandlung auch nicht eintrete.

Gegen unsere Ansicht spricht nicht die restitutio in integrum. Diese ist in erster Linie gegeben gegen die nachteiligen Folgen von Rechtsgeschäften, bez. Unterlassung von solchen und des Verhältnisses innerhalb der dadurch begründeten Rechtsverhältnisse; ja wir möchten sagen ausschliesslich; denn nicht anders ist zu verstehen c. 1 C si adv. delict. 2, 34: in criminibus quidem etc. Auch Fr. 9 § 2 D de min. 4, 4 antwortet auf die Frage: an etiam delinquentibus subveniatur bejahend nur mit Beispielen, welche auf Vertrags- und ähnliche rechtsgeschäftliche

---

unbestritten sind, weshalb sie sich auch für das andere mit mathematischer Sicherheit, weil die erforderlichen Grössen genau bekannt sind, feststellen lassen, ohne dass man sich dadurch einer petitio principii schuldig macht.

Verhältnisse Bezug haben. Im Falle des negativen Vertragsinteresses aber haben wir es gar nicht mit Rechtsgeschäften oder Unterlassung von solchen, sondern mit einfachen Rechtsthatsachen zu thun. Ferner wird den Minderjährigen nur Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachteile, in welche sie durch den ihrem Alter eigentümlichen Mangel an Besonnenheit und Erfahrung verstrickt worden sind; rücksichtlich Fehlern, die auch ein Grossjähriger gemacht, giebt es auch für sie keine Restitution. Im Falle des negativen Interesses aber wird von diesen Momenten, welche zugleich ein Element der culpa in sich schliessen oder diese selbst sind, vollständig abgesehen. Sie können gewiss und werden auch in den meisten Fällen mit dem ursächlichen Zusammenhang verknüpft sein; aber dann könnte auf Grund derselben nur so weit restituiert werden, als sie den ohnehin schon begründeten Anspruch modifizieren würden.

Nun wird man sagen, durch eine solche Verpflichtung auf das negative Vertragsinteresse wird der Schutz illusorisch gemacht, welchen die Rechtsordnung der betreffenden Menschenklasse angedeihen lassen will.[1]) Aber ist denn die Rechtsordnung gezwungen, oder ist es auch nur angezeigt, den Schutz bis zum äussersten Mass zu treiben? Kann sie nicht sagen: Ich befreie dich von der vertraglichen, aber nicht von der ausservertraglichen Verpflichtung? Enthalten doch schon die Quellen in Fr. 4 D d. in integr. 4, 1 eine Beschränkung dahin, dass die Restitutio nicht Platz greife, wenn gegenüber dem Schaden des Gegners nur ein kleiner Nachteil des zu Restituierenden auf dem Spiel stehe, also letzterer trotz seinem Alter nicht bloss auf das negative, sondern auf das Erfüllungsinteresse haften soll. Steht, wie schon diese Stelle andeutet, nicht dem Minderjährigen auch ein des Schutzes würdiger Gegner gegenüber? Und so muss

[1]) So denn auch Mommsen, S. 85 u. Bähr, Jahrb. d. Dogm. XIV, S. 408.

selbst Mommsen [1]) gestehen, dass trotz den einzelnen Ausnahmen, welche das Recht noch zu seinen Gunsten macht, in vielen Fällen der Mitkontrahent einen schweren Schaden erleiden wird und zwar ohne ein Verschulden von seiner Seite.

Es wird allerdings sehr oft der Mitkontrahent bei einiger Aufmerksamkeit die Eigenschaft der Handlungsunfähigkeit beim Minderjährigen erkennen können. In diesem Falle bleibt eben letzterer frei von jeder Verbindlichkeit, — dies ist zugleich ein Beweis dafür, dass auch bei unserer Theorie der Minderjährige nicht in so ernsthafter Gefahr schwebt. Zu weit gegangen wäre es aber, wenn man hieraus mit Bähr [2]) den Schluss ziehen wollte, es sei deshalb kein Bedürfnis vorhanden nach einer diesbezüglichen Rechtsregel. Verwirft man den Grundsatz, so kann man, wie auch die Verhältnisse liegen mögen, eine Haftung nicht statuieren; anerkennt man ihn aber, so bleibt trotzdem die Möglichkeit, unter Umständen zu erklären, der Mitkontrahent habe durch seine Fahrlässigkeit den an und für sich begründeten Anspruch verwirkt.

Dass es aber Fälle geben kann, wo letzterer frei von jeder Schuld ist, beweist besonders die moderne Zeit, wo Angehörige verschiedener Staaten oder vielmehr verschiedenen Rechten Unterworfene gemischt durch einander wohnen. Herrscht in Bezug auf die Handlungsfähigkeit das Nationalitätsprinzip — und es trifft das im *internationalen* Privatrecht fast überall zu — so treten Leute in Verkehr miteinander, deren Volljährigkeit und damit vollständige Handlungsfähigkeit in verschiedenen Lebensaltern eintritt. Soll man nun, wie Bähr [3]) dies verlangt, dem Gegenkontrahenten zumuten, dass er sich zuerst nach der Nationalität seines Gegners erkundige und nach den Gesetzen seines Landes, zumal dann, wenn Sprache, äusseres Erscheinen etc. nicht im geringsten darauf hindeuten, dass er es mit einem Aus-

[1]) S. 86. [2]) A. a. O. S. 408. [3]) A. a. O. S. 409.

länder zu thun hat? Kann man, auch abgesehen davon, verlangen, dass man sich stets nach dem Geburtstag erkundige, selbst dann, wenn eine starke und schnelle körperliche Entwickelung nicht den leisesten Zweifel an der Volljährigkeit zu erregen im stande ist?[1]) Stimmt zumal mit der heutigen Verkehrsanschauung die Forderung überein, nur mit solchen in vertraglichen Verkehr zu treten, deren Minderjährigkeit zur absoluten Unmöglichkeit gehört, oder soll man sich nicht vielmehr mit einer grossen Wahrscheinlichkeit begnügen? Mit der actio doli wird der Geschädigte sehr wenig erreichen; ist es schon schwierig, den dolus zu erweisen, so fehlt es überhaupt oft an einem solchen. Das blosse Schweigen an sich kann als dolus nicht betrachtet werden.

3. Noch weit mehr gilt das Gesagte vom furiosus und von den wegen Verschwendung, körperlichen oder geistigen Gebrechen Bevormundeten. Es sind allerdings die Rechtsgeschäfte des furiosus, welche er in lichten Zwischenräumen vornimmt, gültig; aber lässt sich denn eine feste Grenze zwischen diesen und geisteskranken Augenblicken ziehen? Nicht einmal der Psycholog und Psychiater wird diesbezüglich eine scharfe Grenze zu ziehen im stande sein; es kann das Individuum in einer Richtung ganz normal denken, in einer andern vielleicht gerade für den Vertragsabschluss massgebenden verworrenen Sinnes sein. Und nun stellen wir einen unerfahrenen, mit dem betreffenden Geisteskranken vollständig unbekannten Kontrahenten gegenüber: Dieser schliesst in guten Treuen einen Vertrag ab; der Richter aber findet nachher bei Berücksichtigung aller Umstände und besonders des Vorlebens des Geisteskranken, dass er in jenem Zeitpunkt unzurechnungsfähig war; soll dann der Gegenkontrahent darunter leiden? Oder der Richter ist zweifelhaft und dann

---

[1]) Auch die Gesetzgebungen machen gerade für diesen Fall durchweg Konzessionen.

wird er, wenn er nicht Haftung auf das negative Vertragsinteresse aussprechen kann, nur zu leicht geneigt sein, Gültigkeit des Vertrages anzunehmen und so den furiosus über Gebühr schädigen.

Noch weniger lässt sich die Eigenschaft der Verschwendung erkennen. Zwar wird man hier entgegnen und dies auch bei Geisteskranken, wenn Vormundschaft über sie verhängt ist, geltend machen, dass die Bevormundung öffentlich bekannt gemacht werde und dadurch jeder über seine Stellung orientiert sein müsse. Allein ist es schon eine schwere Anforderung an den Menschen, mit solchen öffentlichen Bekanntmachungen, die auch mehr oder weniger ausgedehnt sein können, immer auf dem Laufenden zu sein, so ist diese Anforderung vollends eine ungerechtfertigte Zumutung, wenn der Interdizierte ausserhalb des Publikationsgebietes Verträge abschliesst; und doch wie häufig wird dies gerade in unserer Zeit der Fall sein.

In den Fällen vorübergehender Geistesabwesenheit, wie bei Krankheit, Trunkenheit etc. wird der Dritte ohne culpa regelmässig den vertraghindernden Faktor nicht unbemerkt lassen können; aber an sich müssten wir gewiss auch hier einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse für begründet erachten, besonders bei Trunkenheit, da diese in der Regel auf die culpa des Betrunkenen zurückzuführen ist.

4. Beim *S. C. Vellejanum* und *Macedonianum* hat das römische Recht in umfassender Weise dadurch geholfen, dass es bei entschuldbarem Irrtum des Gegenkontrahenten das Geschäft gültig sein lässt (siehe Fr. 12; 17 § 1 D ad S. C. Vellej. 16, 1; c. 1 C. ad S. C. Vell. 4, 29 einerseits; Fr. 3 pr.; 19 D d. S. C. Maced. 14, 6; c. 2 C. ad S. C. Mac. 4, 28 anderseits). Gerade hierin liegt eine Beweis, wie schon das römische Recht, wenn es auch gewisse Personenklassen schützen wollte, doch auch den Gegner zu berücksichtigen verstand.

5. Die gleiche Behandlung wie bei Handlungsfähigkeit muss bei *Dispositionsunfähigkeit* Platz greifen, sofern sich diese auf

das Obligationsverhältnis selbst und nicht bloss auf einzelne Wirkungen, z. B. die dingliche bezieht. Im letztern Fall, welcher übrigens der regelmässige sein wird, tritt Haftung auf das Erfüllungsinteresse ein.

II. Etwas klarer spricht sich das *S. O.-R.* aus. Wir haben bereits oben gesehen, dass Art. 58 auch Geltung beansprucht für den Fall des Abschlusses eines nichtigen Vertrages. Indes ist der hier gewährte Schutz ein unvollständiger, indem der Anspruch abhängig gemacht ist von besondern, eine Abweichung vom Verschuldungsprinzip rechtfertigenden Umständen und ist für unsere Frage nur praktisch hinsichtlich anormal Unzurechnungsfähigen, nicht für Kinder, weil diese als solche jedermann bekannt sein müssen. — Bedeutungsvoller ist die Bestimmung des Art. 33 Alin. 3, die nach dem oben Gesagten den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht auf den Fall des dolus beschränkt, wie etwa der schlichte Wortlaut vermuten liesse, sondern nach Art. 50 ausgelegt sein will. Die Beschränkung auf den dolus wäre um so unbegreiflicher, als es sich in diesem Alin. 3 nicht bloss um Minderjährige handelt, bezüglich welcher eine solche Beschränkung noch eher zu erwarten, oder besser gesagt, zu befürchten wäre, besonders nach der Auffassung des S. O.-R., sondern auch um volljährige Vertragsunfähige. Auch so lässt sich ein Widerspruch zwischen Art. 33 Alin. 3 u. 58 nicht verkennen; warum soll der schlechthin Unzurechnungsfähige schlechter gestellt sein als der an sich Zurechnungsfähige bezüglich einer That, die ihm nicht zur Schuld angerechnet, wohl aber auf ihn als Ursache zurückgeführt werden kann? Ist nicht bei beiden der Vorgang ganz der nämliche? Ist die Gefahr dort grösser als hier, wenn überhaupt die Grösse der Gefahr und die Häufigkeit der Fälle bei Aufstellung des Grundsatzes massgebend sein können?

Etwelche Fürsorge hat das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit getroffen, indem es in Art. 10,

allerdings inkonsequent, bestimmt, dass, wenn ein nach dem Rechte seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer in der Schweiz Verbindlichkeiten eingeht, er verpflichtet wird, insofern er nach schweizerischem Recht handlungsfähig wäre. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen gut- und schlechtgläubigen Dritten, und wir sind deshalb auch nicht befugt, diese Ausnahme nur Gutgläubigen gegenüber zur Anwendung zu bringen, obwohl dies das Richtigere wäre,[1]) nachdem man einmal in Alin. 2 desselben Artikels das Nationalitätsprinzip als massgebend hingestellt hat.

Auf einen Übelstand möchten wir noch aufmerksam machen, den der bestehende Gesetzeszustand mit sich bringt. Nach Art. 5 u. 6 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit kann die Handlungsfähigkeit des Bevormundeten in verschiedenem Masse beschränkt oder ganz aufgehoben werden. Abgesehen also davon, dass der Bevormundete im Wohnortskanton des Dritten weder seinen Wohnsitz hat noch dort die Vormundschaft über ihn zu verhängen war, daher auch dort die Bekanntmachung derselben nicht zu erfolgen hatte und der Dritte demnach darüber in Unkenntnis sein konnte, kann er selbst im entgegengesetzten Fall nicht wissen, wie weit die Bevormundung seines Gegners reicht. Vielleicht tritt in seinem Heimats- oder Wohnortskanton nur ein beschränkter Entzug der Handlungsfähigkeit ein und gestützt darauf, da man ihm doch nicht Kenntnis aller oder auch nur einzelner Kantonalrechte zumuten darf, schliesst er Rechtsgeschäfte mit dem Bevormundeten ab.

Gleich liegen die Verhältnisse bezüglich der Ehefrau, da über ihre Handlungsfähigkeit für die Dauer der Ehe nach Art. 7 des Bundesgesetzes betr. Handlungsfähigkeit ebenfalls das kan-

---

[1]) Man wollte denn geltend machen, dass bei Gleichbehandlung von Gut- und Bösgläubigen das Interesse des Fremden selbst mehr geschützt sei, weil er alsdann stets seine Situation kennen könne.

tonale Recht verfügt, dieses aber sehr mannigfachen Charakter haben kann und hat.

Was die Dispositionsbefugnis betrifft, so geben uns Art. 96[1]) u. 204[2]) des Bdg. über Schuldbetreibung und Konkurs einigen Aufschluss. Jener bestimmt bloss, dass der Schuldner sich bei Straffolge jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung über die gepfändeten Vermögensstücke zu enthalten habe, woraus wir arg. e contrario den Schluss ziehen können, dass die Verfügung selbst, bona fides des Erwerbenden vorausgesetzt, gültig ist und zwar auch gegenüber dem betreibenden Gläubiger. Es stimmt dies auch überein mit S. O.-R. Art. 205 u. 213. Ist der Dritte in mala fide, so kommen die Grundsätze bezüglich Widerrechtlichkeit zur Anwendung. — Dem gegenüber charakterisiert sich Art. 94[3]) als Ausnahmebestimmung, die sich aus der besondern Natur der zu Grunde liegenden Verhältnisse erklärt. Immerhin ist auch in diesem Fall ebenso wie in Art. 204 der Vertrag gültig und daher, weil die Veräusserung selbst nicht möglich, vom Betriebenen, bezw. Konkursiten das Erfüllungsinteresse zu leisten.

III. Das *B. G. B.* ist hinsichtlich des Geltungsgebietes der Normen über Geschäftsfähigkeit dem S. O.-R. gefolgt, indem es in Art. 7 Alin. 1 u. 3 des Einf. Ges. bestimmt:

„Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört."

„Nimmt ein Ausländer im Inland ein Rechtsgeschäft vor, für das er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit be-

---

[1]) Der Schuldner hat sich bei Straffolge jeder vom Betreibungsbeamten nicht bewilligten Verfügung über die gepfändeten Vermögensstücke zu enthalten. [2]) Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurrenzeröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber ungültig. [3]) ... Eine vor oder an den bezeichneten Tagen vorgenommene Veräusserung der Ernte ist dem pfändenden Gläubiger gegenüber ungültig.

schränkt ist, so gilt er für dieses Rechtsgeschäft insoweit als geschäftsfähig, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde."

Auch hier finden wir keine Unterscheidung zwischen gut- und bösgläubigen Dritten; auch hier also in Alinea 3 ein Widerspruch mit dem in Alin. 1 ausgesprochenen Grundsatz.

Diese Bestimmung lässt keinem Zweifel Raum, soweit es sich um die Minderjährigkeit handelt; ebenso bezüglich Geisteskranken im Sinne des § 104 Ziff. 2 des B. G. B. oder momentan in ihrer Geistesthätigkeit Gestörten nach § 105; die Geschäftsunfähigkeit tritt in diesen Fällen ipso facto ein, so dass die Frage, ob die Gültigkeit eines Entzuges der Geschäftsfähigkeit erst durch amtlichen Akt auch die Grenzen des betreffenden Staates überschreite, hier nicht in Betracht kommt. — Eine Haftung auf das negative Interesse ist in diesen Fällen nur möglich auf Grund von § 829 B. G. B.; denn der Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistesthätigkeit, von welchem § 105 spricht und wo eine culpa des Erklärenden an und für sich möglich ist, muss als solcher dem Gegner erkennbar sein, und es ist daher aus diesem Grunde eine Verpflichtung auf das negative Interesse zu verneinen.

Anders bei Entmündigung wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht nach § 6 B. G. B. Soll die über einen Ausländer in seinem Heimatstaate verhängte Vormundschaft fortdauern, wenn er das Deutsche Reich betritt oder dauernd hier seinen Wohnsitz aufschlägt? Das eine ist gewiss, dass, wenn auch die Vormundschaft für das Deutsche Gebiet als fortbestehend anerkannt wird, die Wirkungen bezüglich der Geschäftsfähigkeit dem Art. 7 des Einführungsgesetzes unterliegen, d. h. der bevormundete Ausländer ist verpflichtungsfähig, sobald und soweit er es nach deutschem Gesetz wäre.

Wir dürfen aber unbedenklich noch einen Schritt weiter gehen und sagen: Die über den Ausländer im Auslande ver-

hängte Vormundschaft kommt für das Inland gar nicht in Betracht. Das entspricht einzig der grundsätzlichen Auffassung des Art. 7 des E. G. und das allein ist auch vereinbar mit dem allgemeinen Erfordernis, dass die mit dem Bevormundeten möglicherweise in Verkehr tretenden Rechtsgenossen von der Thatsache der Entmündigung sollen Kenntnis haben können. Diese Möglichkeit ist aber ausgeschlossen, wenn die Entmündigung fern von dem Orte erfolgt ist, wo der Entmündigte den Sitz seiner Thätigkeit hat.[1]) Diese Schlussfolgerung ist besonders dann berechtigt, wenn der Entmündigte seinen Wohnsitz im Inland hat, weil alsdann einer Entmündigung durch die inländische Behörde nach Art. 8 des Einf. Ges. kein Hindernis entgegensteht.[2])

Soweit hätte also das negative Interesse keine Bedeutung, weil der Vertrag gültig ist; allein es bleibt noch die grosse Kategorie von Fällen, wo der entmündigte Inländer Verträge abschliesst, ohne dass die Gegenpartei vom Umstande der Entmündigung Kenntnis hat oder haben konnte, zumal dann, wenn eine Veröffentlichung des Beschlusses nicht erfolgt ist, bezw. wenn die Handlung in die Zeit zwischen der Wirksamkeit des Beschlusses gemäss § 603 u. 623 C. P. O. und jener Publikation erfolgt.

Die weitern Voraussetzungen für die Begründetheit des

---

[1]) Allerdings verlangt die Civilprozessordnung eine Publikation des Entmündigungsbeschlusses nur bei den Verschwendern (§ 627), nicht bei Geisteskranken (§ 603) und selbst im erstern Falle ist nach § 623 l. c. der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nicht durch jene Publikation bedingt, ausser wenn das materielle Recht abweichende Bestimmungen trifft. Das B. G. B. kennt aber solche abweichende Normen nicht; vergl. § 114. Damit ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass auch bei der Entmündigung infolge Geisteskrankheit eine Publikation des Entmündigungsbeschlusses, wenn auch nicht durch das Vormundschaftsgericht, so doch durch die Vormundschaftsbehörde stattfindet. Vergl. Wilmowski und Levy, Commentar z. C. P. O. II, S. 797. [2]) Vergl. auch Art. 23 des Einf. Ges.

Anspruches auf das negative Interesse sind bereits früher betont worden. Bei voller Geisteskrankheit oder vorübergehender Bewusstlosigkeit und bei Minderjährigkeit kommt neben § 827, bez. 828 auch und vor allem § 829 in Frage. Der wegen Verschwendung oder Trunksucht gemäss § 6 Ziff. 2 u. 3 B. G. B. Entmündigte haftet nach dem allgemeinen Grundsatze des § 823; für diese kann § 829 nicht zur Anwendung gelangen, wohl aber für Geistes*schwache*, welche nicht schon an sich, sondern nur infolge Entmündigung gemäss § 6 Ziff. 1 in ihrer Geschäftsfähigkeit nach Massgabe von § 114 beschränkt sind. Zwar spricht die Zusammenstellung der Geistesschwachen mit den Verschwendern und Trunksüchtigen in § 114 eher für eine Gleichheit der Behandlung auch auf ausservertraglichem Gebiete, und von einer Unzurechnungsfähigkeit, wie sie § 827 im Auge hat, kann bei bloss Geistesschwachen auch nicht die Rede sein. Allein die dem § 829 zu Grunde liegende Tendenz drängt doch zu sehr zur andern Auffassung, indem eben § 829 besonders da die Lücke ausfüllen soll, wo schon vermöge der Konstitution des Handelnden ein Verschulden, wie es § 823 voraussetzt, ausgeschlossen ist. Und nun schliesst die Geistesschwäche, wenn auch nicht vollständig wie die eigentliche Geisteskrankheit, so doch zum Teil und in vielen Fällen ein Verschulden des Geistesschwachen aus, weil dieser sich des Zusammenhangs von Ursache und Wirkung nicht bewusst ist. Und doch soll der Vertragsgegner, der von der vorhandenen Geistesschwäche keine Kenntnis haben konnte,[1]) nicht ausschliesslich die Folgen dieses Umstandes tragen, auch dann nicht, wenn die Behörde die Entmündigung ausgesprochen hat, dem Gegner aber die Kenntnis hievon nicht zugemutet werden kann.

---

[1]) Diese Bedingung ist anderseits eine Gewähr für den Geistesschwachen, dass nicht sobald eine Verpflichtung auf das negative Interesse für ihn entsteht.

Die *Ehefrau* ist nach dem B. G. B. § 1399[1]) vollständig geschäftsfähig; dagegen fehlt ihr nach § 1395 die Dispositionsbefugnis über das eingebrachte Gut ohne Einwilligung des Mannes. Liegt letztere nicht vor oder erfolgt sie nicht nachträglich, so ist der Vertrag unwirksam, genauer gesprochen in Ansehung des eingebrachten Gutes ungültig, wie der Schlussatz von § 1396[2]) beweist. Dadurch ist aber dem Dritten die Möglichkeit nicht genommen, auf das Vorbehaltgut zu greifen. Der Vertrag ist also nicht schlechterdings ungültig, wenn es auch mehr als blosser Mangel der Dispositionsbefugnis ist; denn wäre es bloss letzteres, so müsste nach dem Wegfall der Dispositionsbeschränkung die Ehefrau mit ihrem ganzen Vermögen haften. So spielt demnach in diesem Falle das negative Vertragsinteresse gar keine Rolle, weil gegenüber dem eingebrachten Gut auch eine ausservertragliche Verpflichtung nicht entsteht,[3]) im weitern aber auch die Ehefrau auf das Erfüllungsinteresse haftet.

2. *Unfähigkeit des Objektes*

I. *Gemeines Recht.*

1. Richtiger gefasst müssen wir bei unserer Frage von der ursprünglichen, objektiven Unmöglichkeit der Leistung sprechen. Damit scheiden aus:

a) Der Fall der *Widerrechtlichkeit und Unsittlichkeit der Leistung*, wo allerdings Ungültigkeit des Vertrages vorliegt, aber von einer Unmöglichkeit der Leistung nicht die Rede sein kann. Das beiden Gemeinsame ist nur die Ungültigkeit des Vertrages,

---

[1]) Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich. [2]) Verweigert der Mann die Genehmigung, so wird der Vertrag nicht dadurch wirksam, dass die Verwaltung und Nutzniessung aufhört. [3]) § 1404 betont noch ausdrücklich, dass die Dispositionsbeschränkung der Ehefrau gegenüber Dritten auch dann gilt, wenn diese von der Eigenschaft der Frau als Ehefrau keine Kenntnis hatten.

die aber hier und dort auf durchaus verschiedenen Gründen fusst, einer Verschiedenheit, die unter Umständen auch praktisch zur Geltung gelangt. Bildet der Grund der Ungültigkeit eine Unehrenhaftigkeit der Leistung, so ist selbstverständlich eine Klage auf das negative Vertragsinteresse nicht denkbar, wenn schon die Kondiktion des bereits Geleisteten ausgeschlossen ist. Die Rechtsordnung würde in ihrer Reaktion gegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit auf halbem Wege stehen bleiben, wenn sie den Vertrag für nichtig erklären und anderseits doch einen Schadenersatzanspruch gewähren würde.

b) Der Fall der *nachfolgenden Unmöglichkeit;* denn die Gültigkeit des Vertrages wird von ihr nicht berührt; ist diese Unmöglichkeit verschuldet, so wird auf das Erfüllungsinteresse gehaftet; im entgegengesetzten Fall erlischt in der Regel jede Verbindlichkeit.

c) Der Fall der *subjektiven Unmöglichkeit;* hat die Unmöglichkeit in rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners ihren Grund, so besteht der Vertrag zu Recht. Eine Ausnahme besteht diesbezüglich für den Verkauf einer gestohlenen Sache, deren Furtivität beide Teile kennen; aber selbstverständlich kann hier von einem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht die Rede sein. Wir haben gesagt: in rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners; denn unter Umständen kann die Unmöglichkeit zugleich in der Beschaffenheit der Leistung begründet sein, so wenn dem Gläubiger das commercium fehlt bezüglich der betreffenden Sache (§ 2 I. d. inut. stip. 3, 19; Fr. 34 D d. verb. oblig. 45, 1; Fr. 49 § 2 D de leg. II; Fr. 62 D d. adq. rer. dom. 41, 1; Fr. 7 § 1 D de stip. serv. 45, 3; Fr. 17 eod.) oder wenn der Gläubiger das Recht, dessen Übertragung versprochen wird, bereits hat (Fr. 1 § 10 D d. oblig. et act. 44, 7; Fr. 82 pr. D d. verb. oblig. 45, 1). In diesem Fall liegt eine wirklich objektive Unmöglichkeit vor und insofern wird das negative Vertragsinteresse praktisch; es fragt sich bloss, auf welcher

Seite wir hier gemäss unserem Verursachungsprinzip die Verursachung des ungültigen Vertragsabschlusses zu suchen haben. Man wird sagen müssen, in der Regel auf Seite des Gläubigers; dieser soll und wird ja auch am besten orientiert sein über sein Verhältnis zum Vertragsgegenstande, während man dem Schuldner eine diesbezügliche Kenntnis im allgemeinen nicht zumuten darf.

d) Wie verhält es sich mit den *Veräusserungsverboten?* Es kann zugleich eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegen; es ist dies aber nicht notwendig; so z. B. wenn eine Veräusserung von Mündelgütern nur auf Grund eines obrigkeitlichen Veräusserungsdekretes erfolgen kann, in welchem Falle man eher von mangelnder Dispositionsfähigkeit sprechen sollte, daher die hiefür geltenden Grundsätze zur Anwendung gelangen. Die Quellen machen indes eine Unterscheidung nicht, sondern stützen die Ungültigkeit lediglich auf die Rechtswidrigkeit (c. 2 u. 4 C d. inut. stip. 8,37; c. 1 C d. praed. cur. 10,33). Selbstverständlich haben wir es hier nur mit gesetzlichen Veräusserungsverboten zu thun, da die vertraglichen und richterlichen auf die Gültigkeit des Vertrages keinen Einfluss ausüben können, ja erstere nicht einmal auf die Gültigkeit der Veräusserung selbst. Sogar das gesetzliche wird die Gültigkeit des Vertrages nicht immer affizieren; sollte es aber — was bei unbedingtem und unbeschränktem Veräusserungsverbot anzunehmen ist, weil wir es hier mit einer eigentlichen Unmöglichkeit der Leistung zu thun haben — so will damit die Rechtsordnung den Anspruch auf das negative Vertragsinteresse ebensowenig ausgeschlossen wissen als bei eigentlichen extrakommerzialen Sachen.

2. Dass nun bei der also vorausgesetzten Unmöglichkeit der Leistung, sowohl der natürlichen (Fr. 8 und 9 D d. her. v. act. vend. 18,4) als der juristischen, (Fr. 8 § 1 D de relig. 11,7; Fr. 62 § 1 D d. d. contr. empt. 18, 1) Verkauf eines Freien als Sklaven ausgenommen, der hierauf gerichtete Vertrag ungültig, dagegen ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse be-

gründet ist, haben obige Erörterungen hinreichend dargethan. Der Grund der Ungültigkeit ist nicht die Schwierigkeit der Interesseberechnung; denn warum soll sich das Interesse an einer res extra commercium nicht berechnen lassen für den Fall, dass sie im Privatverkehr stehen würde? Warum nicht das Interesse an einem in Wirklichkeit nicht existierenden, aber bestimmt vorgestellten Objekte? Beim Verkauf eines Freien musste doch, da der Vertrag gültig, das Interesse an der Erfüllung auch berechnet werden. Der Grund liegt vielmehr darin, dass ein wesentliches Element des Vertrages, das Objekt, in der Verkehrswelt überhaupt fehlt. Daher hat denn auch das subjektive Verhalten der Kontrahenten, ob dolus oder culpa, keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Vertrages; (Fr. 57 D d. contr. empt. 18,1) jenes kann nur den ausserkontraktlichen Anspruch in der einen oder andern Richtung modifizieren. Daher ist, sofern nicht der Gegenstand der Obligation überhaupt fehlt, in welchem Fall immer Nichtigkeit eintritt, unabhängig davon, ob er später zur Existenz gelangt oder nicht, dann der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit nur eine zeitweilige ist, d. h. wenn diesem Zustand die Eigenschaft der Kontinuität fehlt, nicht etwa schon dann, wenn die Beseitigung der Unmöglichkeit nicht absolut ausgeschlossen ist.

Bei teilweiser Unmöglichkeit ist der Vertrag, soweit es nur auf die Unmöglichkeit ankommt, gültig, daher kein negatives Interesse. [1])

Dass Nichtigkeitsfälle wegen Unfähigkeit des Objektes selten sind und gewiss seltener heute als bei den Römern, lässt sich

[1]) Beim Vertrag über eine Forderung müssen wir das Objekt der letztern ins Auge fassen; ist dieses ein mögliches, so ist der Vertrag als gültig zu bezeichnen. (Fr. 4 u. 5 D d. her. v. act. vend. 18, 4; Fr. 74 § 3 D d. evict. 21, 2, welche Stellen zwar ganz allgemein sprechen, die aber nur an den Fall der Möglichkeit der Leistung denken, wie denn auch Fr. 5 cit. von einem Summenversprechen handelt.) Ist aber auch der Gegenstand der Forderung ein solcher, dessen Leistung unmöglich ist, so müssen wir Ungültigkeit des Vertrages mit Anspruch auf das negative Interesse annehmen.

nicht bestreiten; aber daraus mit Mommsen [1]) den Schluss ziehen, dass die Anerkennung des negativen Vertragsinteresses, von dolus abgesehen, nicht notwendig sei, ist nicht gerechtfertigt. Bei Aufstellung eines Grundsatzes müssen wir in erster Linie nicht auf die Zahl seiner möglichen Anwendungen schauen; und wenn diesbezüglich eine Partei in concreto vermögensrechtlich geschädigt ist, so wird es für sie interesselos sein, ob ein solcher Fall häufiger oder weniger häufig eintritt, und die Rechtsordnung hat die Pflicht, auch in ganz isoliert dastehenden Fällen Rechtsschutz zu gewähren, was eben durch Aufstellung eines dahin gehenden Prinzips geschieht.

II. Das *S. O.-R.* enthält, wie bereits bemerkt, über das negative Vertragsinteresse bei Unmöglichkeit der Leistung (Art. 17) keine spezielle Andeutungen und wir sind daher berechtigt und genötigt, zur allgemeinen Bestimmung des Art. 50 die Zuflucht zu nehmen. Was Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit anbelangt, ist auch Art. 75 zu beachten. — Für den Fall, dass das Objekt des Vertrages eine Forderung ist, enthält Art. 192 eine den Quellen ganz gleiche Bestimmung. Sowohl Alin. 1 als 3 beweisen, dass auch bei Nichtbestand der Forderung der Vertrag gültig ist; denn einerseits setzt die Haftung für den Bestand der Forderung Gültigkeit des Vertrages voraus; anderseits sagt Alin. 3 bloss, dass der Cedent nicht hafte, anerkennt also damit die Gültigkeit des Vertrages; denn wäre dieser nicht rechtsgültig, so müsste die Nichthaftung nicht noch besonders betont werden. Die zu allgemeine Wendung des Artikels, dass jeder auf eine Forderung gerichtete Vertrag gültig, erklärt sich aus der gleichen Thatsache wie oben bezüglich der Quellen angedeutet wurde; er setzt den Normalfall voraus, dass die Forderung selbst auf etwas Unmögliches gerichtet ist; im entgegengesetzten Fall werden wir auch hier Art. 17 anwenden müssen.

---

[1]) S. 89.

III. Für das *B. G. B.* haben wir die einzelnen Möglichkeiten oben schon[1]) näher auseinandergehalten. Ist das Objekt des Vertrages eine Forderung, so greifen die nämlichen Bestimmungen[2]) Platz wie im S. O.-R.

3. Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens.

Allgemeines. Einteilung.

Am relativ praktischsten ist unsere Frage bei dieser Art von Nichtigkeit. Da sie in innigem Zusammenhang steht mit den verschiedenen Willens- und Irrtumstheorien und Anschauungen, so wäre ein genaueres Eingehen auf letztere wohl angezeigt; indes würde uns dies zu weit führen und wir werden uns daher darauf beschränken, zu zeigen, wie das negative Vertragsinteresse bei der einen oder andern Theorie zur Anwendung gelangt und wie dasselbe als Versöhnungsmittel zwischen den streitenden Parteien zu funktionieren im stande ist.

Behufs besserer Uebersicht müssen wir die einzelnen Möglichkeiten auseinanderhalten[3]) und wir unterscheiden zu diesem Zwecke zunächst zwischen *Mangel in der Erklärung und Mangel im Willen.*

Im ersten Fall liegt entweder eine Erklärung wohl im natürlichen, aber nicht im juristischen Sinn vor, d. h. die Erklärungsmittel drücken an sich aus, welcher rechtliche, bezw. wirtschaftliche Erfolg angestrebt wird, aber die von der Rechtsordnung vorgeschriebene Form ist nicht beobachtet, die Erklärung also nicht in der rechtlich einzig möglichen Form abgegeben.

---

[1]) S. 81 u. ff. [2]) Siehe § 437. [3]) Vergl. bezüglich B. G. B. die Motive zum I. Entwurf S. 191. Das schärfere Auseinanderhalten der einzelnen Fälle durch das B. G. B. gestattet auch, über dieses etwas schneller hinwegzugehen; es wird im folgenden nur die eine oder andere Bemerkung gelegentlich angeknüpft.

Wir bezeichnen dies am besten als *Mangel in der Form.* — Oder aber die Erklärung ist im stande, an sich den in ihr erscheinenden Willen zu verwirklichen; aber sie fällt rechtlich dahin, weil sie entweder selbst *nicht gewollt*, so bei *vis absoluta*, *Fälschung*, *Versehen*, *Versprechen;* hieher gehört auch der Fall des *Boten;* oder zwar gewollt, aber vom Willen *divergiert*, sei es *absichtlich:* so beim Scherz, bei der Belehrung, Simulation, Betrug, Furcht und Zwang und endlich Mentalreservation, sei es *unabsichtlich* infolge eines Irrtums.

Als besondere Kategorie haben wir den *Dissens* oder das Missverständnis zu behandeln, sofern nämlich Wille und Erklärung bei derselben Partei übereinstimmen, allein die Gegenpartei etwas anderes als erklärt glaubt und darauf hin eine damit nicht konsentierende, wenn auch an sich korrekte Willenserklärung abgiebt.

Als Mangel im Willen bezeichnen wir den *Hinfall der Offerte* infolge Widerruf, Tod oder Handlungsfähigkeit des Offerenten, wobei auch die Auslobung zur Sprache kommt, und den der *falschen Stellvertretung.*

A. Mangel in der Erklärung.

a) Mangel in der Form.

Dass, wenn die Formvorschrift sich auf den Vertrag selbst und nicht bloss einzelne seiner Wirkungen bezieht, der Vertrag nichtig ist, versteht sich von selbst. Ist aber auch ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse begründet? Es ist davon auszugehen, dass die Parteien hier nur in Schaden kommen können infolge Rechtsirrtum, indem sie in Unkenntnis über die Rechtsvorschriften den Vertrag als gültig voraussetzen, dass aber Rechtsirrtum einen Anspruch auf Entschädigung nicht rechtfertigt, selbst nicht für jene Klassen, welchen sonst der Rechtsirrtum nachgesehen wird; denn, wenn er für diese auch hinreicht,

um einen Rechtsnachteil abzuwenden, so doch nicht, um von einem andern Schadenersatz verlangen zu können, weil niemand für die Unkenntnis anderer büssen soll.

Man könnte vielleicht erwidern, dass der Schuld des Irrenden auch eine Schuld der Gegenpartei gegenüberstehe, dass sie den Irrtum des andern nicht erkannt, also gleichsam eine Kompensation der culpa eintrete und deshalb doch wieder das Verursachungsprinzip Platz greife oder, wenn gar der Rechtsirrtum entschuldbar, doch der Schaden auf die culpa des Gegenkontrahenten zurückgeführt werden müsse. Allein es ist allgemeiner Rechtssatz, dass niemand bei eigener Schuld sich auf die fremde berufen dürfe, oder sagen wir vielmehr darauf, dass der andere den Schaden mitverursacht. Sobald er nicht tadellos vorgegangen, soll er den Schaden an sich selbst tragen, auch wenn sein Gegner ebenfalls denselben mitverursacht. Sodann wird in den seltensten Fällen eine culpa des Gegners vorliegen; er wird entweder in entschuldbarer Unkenntnis sein über gewisse Verhältnisse auf Seite des Beschädigten, welche eine besondere Form verlangen, oder er wird von der Voraussetzung ausgegangen sein, dass sie sich noch im Stadium der Verhandlungen befinden, ohne zu beobachten, dass der andere Kontrahent die entgegengesetzte Anschauung hegt. Sollte aber auch ausnahmsweise eine culpa zu konstatieren sein, so verlangt doch die besondere Stellung und Bedeutung des Rechtsirrtums im Rechtsleben eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatze; bloss im Falle der Arglist wäre eine actio doli nicht abzuweisen.

Praktisch zu demselben Resultat führt auch Art. 51 Alin. 2 des S. O.-R., sowie das B. G. B. Zwar sprechen sich diese beiden Gesetzbücher nicht darüber aus, ob Rechtsirrtum entschuldbar oder nicht entschuldbar sei oder, besser gesagt, als solcher behandelt werde. Aber was diesbezüglich für das römische Recht gilt, muss noch weit mehr für das heutige gelten; denn erstlich ist die Bildung heute eine allgemeine und schon von diesem Gesichtspunkte aus eine Kenntnis der für den täglichen

Gebrauch notwendigen Gesetze eher zu erwarten; der Zutritt zu Rechtskundigen ferner ist leichter und müheloser; und endlich haben unsere heutigen Rechtsnormen in der Form der Gesetze den Vorzug der grössern Bestimmtheit und damit leichtern Erkennbarkeit vor den ins Gewand des Gewohnheitsrechtes eingekleideten voraus. — Wenn nun auch, im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht Art. 51 Alin. 2 des S. O.-R. und § 254 des B. G. B. dem Richter die Befugnis geben, selbst bei beiderseitigem Verschulden die Ersatzpflicht bloss zu ermässigen, statt gänzlich von derselben zu entbinden, so wird er doch in der Regel von dieser letztern Alternative gerade in unserm Fall Gebrauch machen.

b) Versehen in der Erklärung: vis absoluta, Fälschung, Versprechen, Verschreiben; Bote.

1. Jeder Wille, welcher für das Rechtsleben in Betracht kommen soll, muss geäussert oder vielmehr erklärt, d. h. gegenüber denjenigen Individuen, für welche er bestimmt ist, geäussert werden. Daraus folgt umgekehrt, dass hinter jeder Erklärung ein entsprechender Wille vermutet wird. Soll sich nun letztere Vermutung zu einer präsumptio juris et de jure gestalten; mit andern Worten, soll sich die Rechtsordnung nur an das äussere Moment der Erklärung halten, ohne auf den zu Grunde liegenden Willen Rücksicht zu nehmen? Bejahen wir diese Frage, so ist für das negative Vertragsinteresse kein Platz mehr; weil der Erklärende, bezw. der in Erklärung als solcher Erscheinende immer für Erfüllung, bezw. das Erfüllungsinteresse haftet. Wir glauben indes, jene Frage im allgemeinen verneinen zu müssen; und die Berechtigung dazu zeigt sich am eklatantesten gerade bei derjenigen Kategorie von Fällen, wo nicht einmal die Erklärung gewollt ist.

Zwar fehlt es nicht an Anhängern der Vertrauenstheorie, welche bei dieser Voraussetzung Nichtigkeit des Vertrages annehmen, weil dann nicht einmal eine Erklärung vorliege. Allein diese Begründung steht doch in gewissem Sinne mit ihrem obersten Grundsatz im Widerspruch, der da lautet: Der Erklärungsnehmer muss sich auf die Erklärung verlassen können; denn dieser kann der Erklärung ebensowenig ansehen, ob sie gewollt oder nicht gewollt, als ob der objektiv in ihr gelegene Sinn gewollt oder nicht gewollt; und wenn man einmal grundsätzlich vom Willen abstrahiert, so sollte man dies folgerichtig auch bezüglich der Erklärung selbst thun. Wenn man trotzdem diese Konsequenz zu ziehen sich scheut, so ist dies nur ein Beweis, dass auch die Vertrauenstheorie, richtig durchgeführt, den Verkehrsinteressen nicht dient, sondern eher einer Zeitperiode angehört, wo man den Blick noch ausschliesslich auf das Äussere, Sinnenfällige wirft.

Übrigens hat es nicht an solchen gefehlt, die auch diese Schranke überschritten und in der That behaupten, der Erklärungsnehmer könne sich schlechthin auf die Erklärung verlassen; also müsste hiernach der in einer gefälschten Urkunde als Erklärer Figurierende schlechthin als Kontrahent haften und könnte seinerseits schauen, wie er sich am Betrüger schadlos halten könne. Wie sehr dies dem Billigkeitsgefühl und jeder vernünftigen Anschauung über die Vertragsnatur widerspricht, leuchtet von selbst ein. Mit Recht sagt Zitelmann[1]): „Es lässt sich doch fragen, ob man dann bei dieser Ansicht noch den Namen „Willenserklärung“ gebrauchen dürfe.“

Andere suchen einen Ausweg dadurch, dass sie auch im Fall des sich Versprechens, Verschreibens, Boten etc. eine gewollte Erklärung annehmen. „Lässt man den Erklärungswillen“, so meint Hartmann,[2]) „nichts sein als den Willen, eine körper-

[1]) Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 379. [2]) Jahrb. d. Dogm. XX, S. 10.

liche Bewegung vorzunehmen, so wird man immer sagen können, dass das falsche Wort momentan doch gewollt sei.“ Aber es handelt sich doch nicht um eine körperliche Bewegung schlechthin, sondern um eine *bestimmte* körperliche Bewegung; und warum soll für diese eine der körperliche Organismus seine Dienste nicht ebensogut versagen oder das Wechselverhältnis zwischen Geist und Körper von seinem normalen Naturlauf abweichen können wie bei einem allgemeinen Mangel des Bewusstseins und bei vollständiger Geisteszerrüttung? Wenn die Nerven den vom Willen erteilten Befehl falsch ausführen, oder sich unwillkürlich in Thätigkeit setzen, so haben wir eine rein mechanische Bewegung, die sich niemals als Handlung qualifizieren lässt und daher vernünftigerweise auch nicht als Grundlage für einen Vertrag dienen, sondern höchstenfalls vom Gesichtspunkte der Fahrlässigkeit oder des Veranlassungsprinzipes aus ausservertragliche Rechtswirkungen nach sich ziehen kann. Dies zeigt sich am deutlichsten, wenn z. B. das Sprachorgan selbst wegen anormaler dauernder oder vorübergehender Beschaffenheit falsch funktioniert; wer wollte in diesem Falle behaupten, dass die gesprochenen Worte gewollt seien?

Wir brauchen uns für diese Annahme nicht einmal auf den Standpunkt des Psychologen, sondern einfach auf den eines billig denkenden Menschen zu stellen, und daher ist auch die Äusserung Hartmanns[1]) gewichtlos: „Für die praktisch rechtliche Beurteilung ist hier in Wahrheit die Frage nach der genauen psychologischen Auffassung und Formulierung belanglos, wie wichtig dieses psychologische Problem sonst auch sein möge. Die richtige juristische Methode wird hier nicht die sein, zuerst nach irgend einer angenommenen oder selbst erfundenen psychologischen Schultheorie einen Begriff der Handlung zu konstruieren und dann zu fragen, ob die Elemente dieses psychologischen

[1]) a. a. O. S. 10.

Begriffes im Einzelfall zutreffen. Vielmehr wird man zu prüfen haben, ob das vorliegende geschäftliche Auftreten des einen gegenüber dem andern, ob das Äussere Käufer und Verkäufer in einer Person, die im gegebenen Moment der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit nicht entbehrt, sie nach den praktischen Motiven des Rechts und der guten Treue verpflichtet erscheinen lassen; eine Handlung im psychologischen Sinn braucht deshalb nicht vorzuliegen." — Es ist indes diese Ansicht auch an sich haltlos; denn der Psychologe und der Mediziner sagen uns schliesslich, mit wem wir es beim Menschen und beim bestimmten Individuum zu thun haben, und auf ihre Stimme hat der Jurist zu hören, wenn er, wie es seine Aufgabe ist, jeden nach seiner Natur behandeln will. Will man dies nicht, so muss man konsequent auch beim Wahnsinn etc. von dieser Eigenschaft absehen; denn auch hier haben wir es in erster Linie mit psychologischen und medizinischen Begriffen zu thun.

2. Um nun auf die einzelnen Möglichkeiten einzugehen, so betrachten wir zuerst als den nächstliegenden Fall den der *vis absoluta*. Der scheinbar Erklärende ist nur ein mechanisches Werkzeug in den Händen eines andern, und daher kann von einer rechtlich in Betracht kommenden Erklärung nicht die Rede sein, wobei immerhin in concreto die Grenze zwischen vis absoluta und compulsiva oft schwer zu ziehen ist. Das negative Vertragsinteresse aber kann derjenige, welcher Gewalt anthut, selbstverständlich nicht verlangen und ist der Gegenkontrahent ein Dritter, so wird dieser in der Regel — denn dies bringt die Natur der vis absoluta mit sich — von der Nichtigkeit der Erklärung und ihrem Grund Kenntnis haben; in der Regel, sagen wir; denn es ist nicht vollständig ausgeschlossen, dass die in letzter Linie von aussen wirkende Gewalt dem Dritten unerkannt bleibt und bleiben konnte. Denken wir nur an den Hypnotismus, bezw. die Suggestion. Wer soll in diesem Fall für das negative Vertragsinteresse aufkommen?

Vom Standpunkte des Verschuldungsprinzipes aus wäre die Entscheidung bald gegeben; haben beide zum Experiment mitgewirkt, absichtlich oder fahrlässig, so musste man beide dem Dritten gegenüber für solidarisch haftbar erklären, im andern Fall ausschliesslich den Hypnotiseur. Geht man aber vom Veranlassungsprinzip aus, so könnte man — und es gilt dies auch für die später zu besprechende vis compulsiva — versucht sein, dem Beschädigten in jedem Fall auch einen Anspruch zu gewähren gegen die zunächst wirkende Ursache, den Hypnotisierten, indem dieser sich dann schadlos halten könne durch Regress gegen den Hypnotiseur. Indes wäre eine solche Auffassung des Veranlassungsprinzipes eine verfehlte; denn dieses will nur sagen: Sofern kein zum Ersatz verpflichtendes Verschulden irgend eines Subjektes vorliegt, ist der Grundsatz der Veranlassung massgebend für die Frage, wer den Schaden zu tragen, bezw. zu ersetzen hat. Es bleibt deshalb bei der zuerst gegebenen Entscheidung, zu welchem Resultat auch das S. O.-R. Art. 16 und 50 und das B. G. B. führen.

Wollte man den Fall der vis absoluta unter § 118 oder § 119 des B. G. B. subsumieren, so könnte man mit Rücksicht auf den kategorischen Ton des § 122, dass der Erklärende hafte, für das B. G. B. der entgegengesetzten Auffassung huldigen, wie ja auch die Erklärung nach § 120 zum Schadenersatz verpflichtet, selbst wenn die übermittelnde Person oder die Organe der Anstalt eine Schuld dafür trifft, dass die Erklärung nicht in der ursprünglichen richtigen Form an ihre Adresse gelangt. Allein jene Subsumierung ist unhaltbar; denn bei der vis absoluta kann von einer Willenserklärung in einer bestimmten Erwartung oder aus Irrtum[1]) überhaupt nicht die Rede sein und damit ist auch die Anwendung von § 122 ausgeschlossen. Auf § 120 kann

[1]) Allerdings spricht § 119 auch von den Fällen des Sichversprechens, Sichverschreibens etc., wo von einem Irrtum im eigentlichen Sinne des Wortes auch

man sich sodann nicht stützen, weil hier eine Willenserklärung immerhin vorliegt und der Erklärende wie jeder nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz für das Verschulden der in seinen Dienst genommenen Organe selber aufkommen muss.

3. Etwas Verwandtes, aber weit Praktischeres bietet der Fall der *Fälschung* dar, praktischer, weil die schriftlichen Erklärungen, auf welche sich die Fälschung beschränkt — denn beim Boten machen sich andere Momente geltend und anders ist eine Fälschung durch Mündlichkeit nicht denkbar — im heutigen Verkehrsleben eine bedeutende Rolle spielen, für einzelne Rechtsgebiete mit einer gewissen Selbständigkeit und absoluten Geltung auftreten und ihr Wert daher hauptsächlich vom Vertrauen auf ihre Gültigkeit abhängig ist. Deshalb hat man auch nicht verfehlt, bezüglich unserer Frage hier einen strengen Masstab anzulegen. So meint Bähr: „Der Aussteller eines wider seinen Willen in Kurs gelangten Wechsels haftet aus dem Wechsel dem gutgläubigen Indossatar und allen seinen Nachfolgern gerade so wie er auch dem Trassaten Deckung zu leisten hat. Wer das nicht will, möge sich hüten, Wechsel anzufertigen, die gegen seinen Willen in die Welt laufen.“ „Zweifelhafter ist die Sache bei andern Urkunden; man wird unterscheiden müssen zwischen solchen, die ihrer Natur nach bestimmt sind, Dritten gegenüber zu wirken und andern; bei erstern würde unser Grundsatz Anwendung finden, bei letztern nicht.“ [1])

Indes ist dies doch etwas zu weit gegangen. Schon der Umstand muss merkwürdig erscheinen, dass Bähr beim Wechsel in absolutem Tone spricht, während er bei andern, auch Dritten gegenüber wirkenden Urkunden einen Zweifel durchblicken lässt, während doch bei letztern die Gefahr für den Verkehr ebenso

---

nicht gesprochen werden kann; allein eine gewisse Analogie lässt sich doch nicht in Abrede stellen, wenn man auch anderseits zugeben muss, dass ein klareres Auseinanderhalten in diesem Punkte angezeigt gewesen wäre.

[1]) Jahrb. d. Dogm. XIV, S. 413.

gross ist wie rücksichtlich des Wechsels, ja grösser bei Inhaberpapieren, weil diese noch absoluter gehalten sind. Wenn der Wechsel häufiger zur Verwendung gelangt im Verkehrsleben, so ist dies noch kein Motiv zu einer andern grundsätzlichen Behandlung.[1]) — Es soll nicht gestattet sein, Wechsel oder ähnliche Ordrepapiere, sowie Inhaberpapiere zu verfertigen, bei Strafe, dafür vertraglich haftbar zu sein, wenn sie gegen den Willen des Verfertigers in den Verkehr gelangen, als ob der Geschäftsmann bei Verfolgung seiner wirtschaftlichen Zwecke nicht von der Voraussetzung ausgehen dürfte, dass die Menschen im allgemeinen eine zu solcher Fälschung treibende Bosheit nicht besitzen, event. dass eine gewöhnliche Fürsorge nach allgemein menschlicher Berechnung die Pläne derselben vereitele? Und gewiss wird er mit jener Verfertigung einen bestimmten, vernünftigen Zweck verfolgen und nicht etwa bloss stilistische Übungen treiben; warum ihm also ein solches Opfer auferlegen wollen, nur um Dritte vor Folgen zu bewahren, welche das Leben inmitten der Menschen mit sich bringt? Mit Recht sagt Leonhard[2]) gegenüber der erwähnten Äusserung von Bähr: „Unser positives Recht verlangt zwei Erklärungshandlungen (sententiae), lässt also bei der Abwägung des Interesses des individuellen Schutzes gegen dasjenige des Verkehrs die Wage zu Gunsten des erstern sinken und tritt damit bei der unvermeid-

[1]) Wir müssen uns bei Erledigung dieses Spezialfalles von Fälschung auf die Seite der Begebungstheorie stellen, da nach der Kreationstheorie durch die einseitige Herstellung der Wechselform seitens des Ausstellers der Wechsel bereits rechtlich zur Existenz gelangt und dann für sein weiteres Schicksal die Bestimmungen für den Übergang des Eigentums an Mobilien massgebend sind. Abgesehen davon, könnte man vom Standpunkt der Kreationstheorie aus schwerlich von einem Vertrag sprechen. Nehmen wir aber an, dass erst durch die Begebung das wechselrechtliche oder andere entsprechende Rechtsverhältnis entsteht, so haben wir es, da ein Schriftstück, das rechtlich eine Erklärung noch nicht ist, auf widerrechtlichem Wege zu einer solchen scheinbar gemacht wird, in der That mit einer an Stelle einer andern fälschlich abgegebenen Erklärung zu thun. [2]) Irrt. bei nicht. Verträgen S. 130 u. ff.

eben Wahl zwischen zwei Übeln eine weise Entscheidung: Denn die Gefahr, durch äusserlich tadellose Vertragsanerbieten getäuscht zu werden, ist schliesslich doch geringer als die andere, unsere Unterschrift durch Fälschungen missbraucht zu sehen oder durch das Versehen eines Boten Schaden zu leiden."

Die Eigenart der Wertpapiere bringt es mit sich, dass Betrug und Fälschung bei ihnen verhältnismässig leicht möglich ist, ohne dass jemanden anders irgend eine Schuld trifft: als notwendiges Reaktionsmittel müssen wir die vom juristischen Standpunkt aus selbstverständliche Bestimmung aufstellen, dass der scheinbare Aussteller nicht als solcher haftet; denn so werden Betrug und Fälschung eher zur Entdeckung gelangen, weil dann auch die Dritten dabei sorgfältiger zu Werke gehen, und bei weniger Aussicht auf Erfolg daher jenes Experiment auch eher unterbleiben lassen.

Das Gesagte gilt noch weit mehr von den eigentlichen Fälschungen und Verfälschungen. Wie wollen wir es dem fälschlich Genannten zur Schuld anrechnen, dass andere die Gewissenlosigkeit und technische Kenntnis besitzen, seine Schrift nachzuahmen oder die andern zur Fälschung notwendigen Anstalten zu treffen? Was kann in der Regel der Aussteller einer Urkunde dafür, dass letzteren durch Fälschungen ein anderer Inhalt gegeben wird? Selbst Bähr[1]) muss zugeben, dass diejenigen Fälle, wo die Täuschung des Dritten durch eine eigentliche Fälschung der Urkunde hervorgerufen ist, sich zweifelhafter gestalten. Wenn er sich dennoch für Haftung ausspricht, so thut er dies auf Grund der unrichtigen Beweisführung: „Hier wird Zurechenbarkeit auf Seite des Ausstellers und völlige Schuldlosigkeit auf Seite des Getäuschten so zusammentreffen, dass man sagen darf: Der Aussteller muss den Inhalt der gefälschten Urkunde gegen sich gelten lassen." Denn das wäre

[1]) a. a. O. S. 415.

ja erst zu beweisen, dass die Fälschung dem Aussteller zugerechnet werden kann, und das geschieht keineswegs durch die Erwähnung des ganz anders gearteten Falls eines Blanquets.

Das Nämliche muss in noch erhöhtem Masse behauptet werden bezüglich gewöhnlicher Urkunden, so schriftlichen Vollmachtserteilungen, Cessionserklärungen auf Schuldscheinen etc., weil von ihnen das öffentliche Interesse noch weniger berührt wird. [1])

Es liegt demnach kein praktischer Grund vor, in all' den erwähnten Fällen einen gültigen Vertrag anzunehmen entgegen der reinen Rechtskonsequenz; denn dass nach dieser die wesentlichen Erfordernisse eines Vertrages fehlen, ist wohl von niemandem bestritten. Von einer Erklärung, geschweige denn von einem Willen desjenigen, welchen man vertraglich verpflichten will, keine Spur. Wir müssen und können uns mit ruhigem juristischem Gewissen begnügen mit einer Klage auf das negative Interesse, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind. Selbst das Bedürfnis nach dieser ist nicht gross, weil wir im Fälscher immer einen Schadenersatzpflichtigen haben. Aus diesem Grunde kann auch derjenige, auf welchen die Erklärung lautet, nicht belangt werden gestützt auf das blosse Veranlassungsprinzip; übrigens werden wir in den meisten Fällen von einer Veranlassung nicht sprechen können, in welchen nicht zugleich ein Verschulden vorliegt. — Man könnte vielleicht die Frage aufwerfen, ob nicht sogar in letzterem Fall ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse cessiere nach Analogie der römischen Stipulation, indem das eine Extrem das andere rufe, bei Nichtwahrung des streng formalistischen Charakters nicht bloss das Erfüllungs-, sondern auch das negative Vertragsinteresse nicht verlangt werden könne.

[1]) Es ist damit nicht der Fall zu verwechseln, wo eine in Wirklichkeit erteilte Vollmacht widerrufen wird, ohne gleichzeitig die Vollmachtsurkunde zurückzuverlangen, sodass gutgläubige Dritte auf Grund der letztern neue Verträge abschliessen mit dem Stellvertreter.

Indes ist doch die Stellung der römischen Stipulation eine andere als diejenige unseres heutigen formalen Rechts. Jene ist ein Überrest aus einer Zeit, wo das ganze jus formalen Charakter hatte und daher teilt es mit diesem die Eigentümlichkeit, dass, sobald der Buchstabe und der Wortlaut nicht genau beobachtet, jede rechtliche Wirkung ausbleibt; dieses speziell eingeführt, um gewissen, eigens gearteten Verkehrszwecken und den Interessen der Handelswelt zu dienen, hinter dem aber, in letzter Instanz alles nach dem Grundsatz der Billigkeit ausgleichend, das jus commune steht. Da nun das negative Vertragsinteresse einen Bestandteil des letztern bildet, so müssen wir es auch für unser Gebiet anerkennen.

Wie verhält sich zu dieser Frage das S. O.-R.? Sein strenges Halten zum Willensdogma enthält schon die Antwort hierauf: Der Vertrag ist nichtig; eine besondere Erwähnung unseres Falls war gar nicht notwendig. Es erhellt dies auch aus dem Schweigen von einer strengern Haftung in den hier zur Sprache gekommenen Rechtsteilen; vergl. besonders Art. 423 Alin. 3, 543, 560, 561, 654, 700, 598 Alin. 3, 599. Die Art. 820 u. 821 handeln ausdrücklich von mangelhaften Unterschriften beim Wechsel; und doch ist hier ebensowenig als dort eine dahingehende Bestimmung enthalten, dass, wenn infolge Verschuldens irgend eines ein Dritter eine Urkunde fälschlich herstellen oder verfälschen konnte, jener wie bei eigener Unterschrift haften soll. Müssen wir hieraus nicht schliessen, dass die allgemeinen Bestimmungen des O.-R. zur Anwendung zu bringen sind? Art. 722, 5 u. 825, 5 u. 830, 3 verlangen zur Gültigkeit des Wechsels, bezw. des Cheks die Unterschrift des Ausstellers mit seinem Namen oder seiner Firma, was offenbar so viel bedeutet, dass er, bezw. sein wahrer Stellvertreter die Unterschrift hingesetzt haben muss und bloss äussere Ähnlichkeit nicht genügt. Anderseits müssen wir auch dem Beschädigten nach Massgabe

der Verschuldungstheorie einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gewähren.

Die gleiche Entscheidung fällt stillschweigend das B. G. B., indem in § 122 und den vorausgehenden Bestimmungen von einer Haftung desjenigen, der in einer gefälschten Erklärung als Erklärender figuriert, in keiner Weise die Rede ist, weder bezüglich des Erfüllungs-, noch bezüglich des negativen Interesses. Es können daher nur § 823 u. ff. in Frage kommen.

4. Bestrittener ist der Fall des *Versehens*, *sich Versprechens*, *Verschreibens* in der Erklärung, weil wir es hier bereits mit einer Thätigkeit des fraglichen Individuums zu thun haben. Man hat diese Kategorie mit der von uns als Divergenz zwischen Wille und Erklärung oder Willensentschluss und Willenserklärung bezeichneten zusammengeworfen und sie demnach auch der gleichen Behandlung unterzogen. [1]) So fragt Hartmann [2]): „Liegt im Gegensatz von Simulation und von Fehlgreifen im Ausdruck ein innerer zutreffender Grund für eine verschiedene juristische Behandlung?“ Seine Antwort lautet bekanntlich nein. So wendet auch Schulin [3]) auf jenen Fall den Grundsatz an, dass Nichtigkeit nur dann eintrete, wenn der Irrtum des Kontrahenten für den andern erkennbar war. Ähnlich sagen die Motive zum deutschen Entwurf diesbezüglich: „Die Verschiedenheit des obwaltenden Irrtums ist nur insofern von Belang, als je nach Beschaffenheit desselben der Schluss auf das Vorhandensein einer Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung mehr oder minder nahe liegt.“

Es lässt sich aber dies theoretisch nur aufrecht erhalten, wenn man die Erklärung selbst als gewollt betrachtet. Diese Anschauung ist bereits oben als unrichtig zurückgewiesen worden und wir werden hierin auch nicht eines andern belehrt durch die

---

[1]) S. Bekker, krit. W. J. Sch. XXII, S. 33 u. ff. [2]) Jahrb. d. Dogm. XX, S. 9. [3]) Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. IX, S. 75 u. ff.

Argumentation von Pernice[1]: „Woher kommt das Abirren? *In den meisten Fällen ist es nicht* die Folge einer unvollständigen Herrschaft über *die eigenen* Gliedmassen; eine solche setzt stets *einen krankhaften Zustand* voraus, Krampf, Lähmung, Aphasie; vielmehr hat das Abirren darin seinen Grund, dass der Sprechende oder Schreibende nicht bei der Sache ist, d. h. die Reihe der Vorstellungen, aus welcher der Wille zu seinem Thun hervorgieng, wird von einer andern durchkreuzt. Diese Vorstellungen wirken aber auf den Willen, geben diesem eine andere Richtung, treiben ihn, eine andere Körperbewegung als die ursprünglich intendierte zu veranlassen. Trotz allem ist also das falsch geschriebene oder gesprochene Wort gewollt in dem vorübergehenden Augenblick, wo es gesprochen oder geschrieben wurde. Der Fehler liegt nicht in einer momentanen Bewusstlosigkeit, sondern im Vordringen einer fremdartigen Vorstellung. Leugnet man im Fall des Versprechens den Erklärungswillen, so muss man ihn konsequenterweise auch da verneinen, wo mechanisch das Richtige gesagt wurde."

Gewiss kann es Fälle geben, wo fremde Vorstellungen ihren Einfluss geltend machen, aber sie müssen nicht notwendig zum Bewusstsein des Willens oder Geistes vordringen, um eine bestimmte Bewegung hervorzurufen; sie können direkt das entsprechende Körperorgan in Thätigkeit setzen, so dass schliesslich nur eine Scheinhandlung, eine Scheinerklärung entsteht, wie dies auch Schulin[2] trotz seiner andern Schlussfolgerung zugiebt. — Was haben diese angeblichen Vorstellungen ferner zu bedeuten, wenn der Grund der Abweichung nicht in einem Zurücktreten oder Erblassen, einer Schwächung oder Trübung der Vorstellung selbst, sondern vielmehr in einem Defekt des Sprach- oder Gehirnmechanismus gelegen ist. — Dies gilt grundsätzlich gewiss auch für den Fall, wo mechanisch das Richtige gesagt wurde;

[1] Goldschm., Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXV, S. 132. [2] a. a. O. S. 75.

allein wir müssen doch die Handlung in ihrer Gesamtheit betrachten und anderseits tritt hier der Satz in die Lücke: plus est in re quam in existimatione; die Erklärungshandlung ist sich nicht Selbstzweck, sondern soll nur dazu dienen, den Willen zu äussern; ist letzterer Zweck erreicht, so würde die Berufung auf das Nichtwollen dieser bestimmten Erklärung einen dolus in sich schliessen. [1])

Bezeichnend ist, dass verschiedene Schriftsteller gerade diesen Fall als das einzig wirkliche Irren, als den error der Quellen anerkennen, während sie in dem, was andere als eigentlichen Irrtum bezeichnen, lediglich ein Motiv erblicken und daher auch nur jenem allgemein die Kraft der Nichtigkeitserzeugung zuschreiben. So sagt Hölder [2]): „Ein Irren nun, welches nicht bloss, wie der Irrtum, Bestimmungsgrund der Handlung ist, sondern in ihr selbst steht, ergiebt sich dann, wenn die vom Willen ausgehende Bewegung im Innern des Subjektes sich auf dem Wege zur Aussenwelt verirrt, so dass die aus dem Innern des Individuums heraustretende Bewegung ihrem Ursprung entfremdet ist, einen andern als den durch seinen Willen ihr vorgezeichneten Weg eingeschlagen hat. Hier und hier allein liegt eine Inkongruenz zwischen dem Willen des Individuums und seiner eigenen, durch denselben angeregten Bewegung vor, ist Wille und Aktion auseinandergetreten." „Im Falle eines solchen Irrens ist diejenige Bewegung, welche äusserlich vorgeht, nicht gewollt und die gewollte dagegen nicht vollzogen. Es kann

---

[1]) Vergl. auch noch Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 325. So ziemlich physiologisch unhaltbar ist es, wenn dieser Verfasser den gesamten innern Apparat als reines Phantasiegebilde bezeichnet. Es soll ausschliesslich auf die Schlussredaktion ankommen, indem der Geist direkt mit dem Mund kommuniziere, und wenn letzterer etwas Unerwünschtes spreche, es ersterer doch im letzten Augenblick vorher gedacht und gewünscht habe. Dieser direkte Verkehr zwischen Geist und Mund ist wohl auch nur ein Phantasiegebilde von Leonhard. [2]) Krit. V. J. Sch. XIV, S. 564 u. 566.

daher die rechtliche Bedeutungslosigkeit solcher Akte nicht im mindesten zweifelhaft sein."

Da wir im Gegensatz zu Hölder und andern nicht bloss in diesem, sondern auch in solchen Fällen, wo jene blossen Irrtum im Motiv erblicken, Nichtigkeit des Vertrages annehmen, so könnte man fragen, welchen Zweck eine dahingehende Unterscheidung für uns habe. Dieser liegt darin, dass bei Divergenz zwischen Wille und Erklärung infolge Irrtums Wesentlichkeit des letztern erforderlich ist, um Nichtigkeit des Vertrages zu bewirken, beim Mangel derselben höchstens Modifikationen der Wirkungen des gültigen Vertrages eintreten, während im Fall des Versehens etc. die Erklärung nur so weit gilt, als sie thatsächlich gewollt, unabhängig von Wesentlichkeit oder Nichtwesentlichkeit; dabei dürfen wir nicht bloss interpretieren wollen; die Interpretation ist nur möglich an einer an sich gültigen, d. h. gewollten Erklärung.

Ist nun bei Annahme der Nichtigkeit der Gegenkontrahent schutzlos? In vielen Fällen wird er eines Schutzes nicht würdig sein, weil er durch die Gesamtheit der Umstände den Fehler auf Seite der Gegenpartei hätte erkennen können; er kann ungefähr den Vorverhandlungen, wo ja keinerlei Irrtum vorliegt, entnehmen, welches der wahre Wille der Partei ist, wenn wir auch nicht behaupten wollen, dass hierauf ein Vertrag zu stande gekommen; oder er hätte die momentane Zerstreutheit beobachten, die mangelhafte Bildung der Sprachorgane bemerken können. Anderseits wird er oft eines besondern Schutzes nicht bedürfen, weil die andere Partei ihr eigenes Versehen erkannt hat und man daher zur Annahme berechtigt ist, sie habe sich stillschweigend auf das in der Erklärung Liegende verpflichten wollen, der Wille also der Erklärung nachfolgt. Das wird in erster Linie beim Versprechen zutreffen, weniger beim Verschreiben, zumal bei Verträgen unter Abwesenden, weil das einmal Geschriebene sich dem Auge und damit der Vorstellung des Be-

treffenden entzieht. — Allgemein und subsidiär aber wird die Klage auf das negative Vertragsinteresse Hülfe leisten; denn hier tritt das Moment der Veranlassung klar und deutlich hervor, und nicht bloss das, meistens wird die mangelhafte geistige Aufmerksamkeit eine Fahrlässigkeit involvieren.

Welchen Aufschluss giebt uns über diese Frage das S. O.-R. und in welchen Artikeln? Marcusen[1]) sucht und findet die Entscheidung in Art. 16; Schulin,[2]) seiner Auffassung entsprechend, in Art. 18 u. 19. Wir können uns mit beiden Anschauungen nicht ganz befreunden. Art. 16 setzt einen gültigen Vertrag voraus[3]) und enthält nicht mehr und nicht weniger als eine Interpretationsregel; daher spricht er auch nur von jener Simulation, die zugleich, was an sich nicht notwendig, einen andern als aus dem Wortlaut sich ergebenden gültigen Vertrag enthält; es ist vom übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien die Rede; das Versehen ist nicht identisch mit dem erwähnten Irrtum; denn dieser deutet auf Vorstellungen hin, welche den Willen selbst beeinflussen, beim Versehen aber kommt letzterer nicht in Betracht, sind beeinflussende Vorstellungen überhaupt nicht notwendig. — Anderseits sprechen Art. 18 u. 19 zu sehr vom Irrtum und seiner Wesentlichkeit, um darunter den Fall des blossen Versehens subsumieren zu können; Schulin selbst giebt zu, dass Art. 20 auf ein Versehen in der Person nicht Bezug habe und wir ziehen daraus den weitern Schluss, dass dies auch für die zwei vorhergehenden Artikel zutrifft; denn Art. 20 will offenbar den error in persona erschöpfend normieren und es lässt sich daher dieser Fall auch nicht in Art. 19, 1 einschieben, so sehr im übrigen Schulins Argumentation bezüglich dieser Lücke beizustimmen ist. Was aber vom Versehen bezüglich der Person gilt, muss auch für die andern Fälle be-

[1]) S. 164. [2]) a. a. O., S. 83. [3]) So auch Schulin, a. a. O., S. 84; ähnlich auch Art. 22, indem sich eben die Rechnungsfehler aus der Gesamtheit der vorliegenden Verhältnisse berichtigen lassen.

hauptet werden. — Es bleibt uns demnach nichts übrig, als auf die Definition des Vertrages in Art. 1 zu rekurrieren; dies genügt aber auch vollständig; denn wenn die Äusserung des Willens (im Sinne des Geschäftswillens) erforderlich ist zum Zustandekommen eines Vertrages, so ist es noch weit mehr das Wollen der Äusserung selbst.

Die Lücke, welche hier das Gesetz mit seinem Anklammern am Verschuldungsprinzip bezüglich des negativen Vertragsinteresses offen lässt, wird der Richter dadurch auszufüllen sich bestreben, dass er, wo immer möglich, eine Schuld des sich Versprechenden herauszuklügeln sucht, wofür, wie bereits bemerkt, Anhaltspunkte meistens gegeben sind.

Ganz klar spricht sich das B. G. B. in § 119[1]) u. § 122 aus.

5. Es kann endlich die Erklärung vom richtigen betreffenden Individuum ausgehen und auch an sich richtig gestaltet dasselbe verlassen; aber in der Aussenwelt, auf dem Wege zum Adressaten, wo die Erklärung erst als solche vollendet ist, wird sie durch die Beschaffenheit der äussern Erklärungsmittel und äussere Einflüsse entstellt. Es kann dieses sowohl geschehen durch Menschen, welche als *Boten* fungieren, als durch leblose Wesen, wie *Telegraphen*, *Posten*. Jene müssen wir zunächst genau unterscheiden vom Stellvertreter im Willen, dem eigentlichen Stellvertreter. Als Unterscheidungsmerkmal dient nicht der grössere oder geringere Umfang der Vertretungsbefugnis; denn auch bei einer ganz speziellen Vollmacht soll der *Wille* des Vertreters als Wille des Vertretenen gelten. Dagegen kann davon nicht mehr die Rede sein, sobald das Bewusstsein vom Wesen und der Bedeutung des zu vermittelnden Geschäftes mangelt; unter dieser Voraussetzung hat man es nur noch mit einer mechanischen Übermittelung der Erklärung zu thun und gerade das bildet die Funktion des Boten, so wenn er den ge-

[1]) ... oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte.

schriebenen Brief überbringen, die Erklärung bloss ihrem Wortlaut nach wiederholen muss.[1])

Wie steht es nun diesbezüglich mit der Haftung? Man könnte, wenn irgendwo, so hier daran denken, den Absender für die Erklärung, wie sie sich auch auf ihrem ganzen Wege gestalten möge, im Sinne eines diesbezüglichen gültigen Vertrages verantwortlich zu machen, bezw. eine stillschweigende Unterwerfung unter dieselbe anzunehmen; allein dieses ist Fiktion und jenes steht nicht im Einklang mit den Bedürfnissen des Verkehrs, besonders der heutigen Zeit. Wir können nicht, wie Ihering[2]) meint, verlangen, dass der Kontrahent seinen Willen immer selber äussere; der Geschäftsmann muss sich dieser Erklärung des Boten und des Telegraphen etc. bedienen ähnlich wie seines eigenen Organismus; und wie hier, so müssen wir auch dort die Gültigkeit des Vertrages leugnen, sobald die Erklärung dem Erklärungswillen des Kontrahenten nicht mehr entspricht. Dieses giebt selbst Leonhard[3]) zu, der im Gegensatz zum Fall, wo eine Erklärung an die falsche Adresse gelangt, bei falscher Erklärung an die richtige Adresse Nichtigkeit des Vertrages annimmt, allerdings inkonsequent, wenn mein eigenes Versehen einer strengern Beurteilung unterliegt als das meines Boten, während doch ersteres nur die Folge eines an sich absolut notwendigen Erklärungsmittels, das letztere die Wirkung eines solchen ist, das an sich auch unterbleiben könnte.[4])

Bei blosser Konstatierung der Nichtigkeit des Vertrages aber kann es sein Bewenden nicht haben; wir müssen den Träger des entstandenen Schadens suchen. Blicken wir zunächst zu diesem Zwecke auf den Auftraggeber, bezw. Absender selbst. Sicher kann dieser ebensowenig als bei einer Fälschung belangt

---

[1]) S. Bähr, Jahrb. d. Dogm. VI, S. 295 u. ff. Mommsen, Haft. S. 125. [2]) S. 85. [3]) Irrt. b. nichtigen Verträgen, S. 128 u. 323. [4]) Für Ungültigkeit auch Pernice in der Zeitschr. d. ges. Hdr. XXV, S. 122; von einzelnen Umständen abhängig macht die Antwort Bekker, krit. V. J. Sch. XXII, S. 56.

werden, wenn er gar keinen Auftrag an den Boten hat ergehen lassen; anders aber, wenn zwischen beiden ein solches Rechtsverhältnis besteht, nicht als ob es schlechthin eine culpa des Mandanten involvieren würde, anderer als Mittel zur Ausführung seiner Pläne sich zu bedienen; denn was in der Geschäftswelt allgemein üblich, was sogar die Natur der Verkehrsverhältnisse verlangt, kann doch nicht als Verschulden taxiert werden. Auch Ihering[1]) drückt sich, ohne an eine culpa zu denken, unwillkürlich in diesem Sinne aus: „Ich nehme gar keinen Anstand, den, welcher sich solcher Mitteilungsmittel bedient, schlechthin für die Zuverlässigkeit derselben verantwortlich zu machen, obwohl der Verkehr derselben nicht entbehren kann."

Wir glauben, gerade weil der Verkehr derselben nicht entbehren kann, müssen wir den Dritten sicher stellen; denn der Bote, das Telegramm ist das blinde Werkzeug des Absenders und es soll dieser nicht die Folgen einer unrichtigen Funktion derselben auf die Gegenpartei abwälzen können; ihn trifft der Schaden am mindesten hart, weil am relativ gerechtesten. Die juristische Begründung hiefür aber finden wir im Veranlassungsprinzip. Gewiss würden wir vergebens nach einem direkten Anhaltspunkt in den Quellen suchen, das ergiebt sich schon aus dem im allgemeinen Teil Gesagten; die Quellen kennen eine allgemeine Haftpflicht für die culpa Fremder inner- und ausserhalb von Vertragsverhältnissen nicht und wäre es auch der Fall, so müsste doch ein Verschulden auf Seite des benutzten Mittels vorliegen und bewiesen werden; aber all' die Motive, welche oben für ein Abweichen von der Verschuldungs- zu der in einzelnen Quellenbeispielen zur Erscheinung gelangenden Veranlassungstheorie angeführt worden sind, treffen auch hier zu.

Es sind, zum Teil auch seitens solcher, welche grundsätzlich mit dieser Anschauung einverstanden sind, Ausnahmen

[1]) S. 83.

gemacht worden für den Fall, dass die Mittelsperson die Erklärung absichtlich falsch übermitttelt,[1]) oder wenn überhaupt die unrichtige Mitteilung seiner Erklärung die Folge von Umständen ist, welche ausser aller Berechnung liegen.[2]) Vom Standpunkte des reinen Veranlassungsprinzipes aus lassen sich aber diese Ausnahmen nicht rechtfertigen; denn die Veranlassung besteht doch, wenn wir auch von einem vom Erklärenden ausgehenden Impuls zur konkreten Erklärung nicht reden können. Es ist letzterer auch nicht notwendig und würde übrigens nicht bloss bei doloser, sondern auch bei culposer Erklärungsentstellung fehlen, ja eigentlich bei jeder anormalen Bethätigung des Erklärungsmittels; denn bei jeder Erklärungsentstellung müssen, wenn anders der Impuls richtig erteilt worden, Ursachen mit ins Spiel kommen, die vom Erklärenden nicht impulsiert, in Thätigkeit gesetzt worden sind. — Wir können die Mittelspersonen an sich nicht als rein mechanisches Werkzeug betrachten, das ist sicher; auch sie müssen bei der Übermittelung von ihrem Willen Gebrauch machen, aber dem Dritten gegenüber erscheinen sie im Verhältnis zum Mandanten wesentlich als solches und daher ist bezüglich der Haftpflicht des Mandanten keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob die Mittelsperson dolos oder culpos vorgegangen oder selbst frei von jeder Verschuldung ist. — Die gegnerische Ansicht stützt die Haftpflicht gewissermassen auf eine durch praesumptio juris et de jure angenommene culpa des Erklärenden; weil aber diese Voraussetzung, so ist auch der Schluss daraus falsch.

Man könnte vielleicht zur Verteidigung der Gegenansicht auf den oben aufgestellten Grundsatz hindeuten, dass das Veranlassungsprinzip nur dann zur Anwendung gelange, wenn kein anderes zum Ersatz verpflichtetes Subjekt vorhanden, letzteres aber hier bei dolus thatsächlich nicht zutreffe. Indes ist bei die-

---

[1]) Mommsen, Haft., S. 126; Windsch., Pand. II, S. 170, Note 7. [2]) Windscheid, a. a. O., Note 8.

sem Grundsatz vorausgesetzt, dass zwischen Schädigendem und Veranlasser kein näheres rechtliches Band besteht; in unserem Fall ist aber ein solches Band gegeben in dem Mandats- oder einem ähnlichen Rechtsverhältnis, worin zugleich die Thatsache der Veranlassung in weit höherem Masse hervortritt. [1])

Es hat demnach der Erklärende in jedem Fall für den von der Gegenpartei erlittenen Schaden aufzukommen und es ist dies um so mehr gerechtfertigt für das gemeine Recht, als nach diesem jener Partei ein Anspruch gegen die Mittelsperson nur im Falle des dolus, dem Erklärenden dagegen auch bei blosser culpa zusteht. Eine Cessionspflicht des Erklärenden oder eine gesetzliche Cession seines Anspruches gegen den Mandatar etc. aber lässt sich nicht konstruieren. [2])

Das S. O.-R. ist über unsere Frage nicht zu Rate zu ziehen in seinem Abschnitt über die Stellvertretung (Art. 36—49); denn dieser handelt lediglich von der Stellvertretung im Willen. Es gilt vielmehr hierüber das Nämliche, was unter 4 über das Versehen gesagt worden ist.

Das B. G. B. hat in § 120 u. 122 für diese Kategorie eine besondere Bestimmung aufgestellt. Dadurch, dass man den oben [3]) bereits erwähnten Antrag, bei höherer Gewalt die Haftung auf das negative Interesse auszuschliessen, abgelehnt hat, gab man deutlich zu verstehen, dass man an dem Veranlassungsprinzip nicht rütteln lasse.

---

[1]) Haftbar ist nicht derjenige, welcher die Erklärung dem Erklärungsmittel giebt, sondern wer sich des letztern als Werkzeug bedient; daher haftet der Acceptant nicht, wenn er dem Boten auf Geheiss des Offerenten die Antwort übergiebt, weil in diesem Fall der Bote Werkzeug des Offerenten ist. [2]) Vergl. hierüber Bähr, a. a. O., S. 299 u. Mommsen, Haft., S. 129. [3]) S. 87.

c) Divergenz von Erklärung und Wille.

Allgemeines.

Da nicht bloss das Gewollte nicht erklärt, sondern auch das Erklärte nicht gewollt, so könnte man an sich ebenso gut von einem Mangel des Willens als von einem solchen der Erklärung sprechen und zwar nicht bloss in den hier zur Sprache gelangenden, sondern auch in den vorher behandelten Fällen. Allein wir betrachten doch besser den Willen als das Primäre, zu dem sich die Erklärung verhält wie Mittel zum Zweck, und von diesem Standpunkt aus müssen wir die Erklärung als das Mangelhafte bezeichnen, obwohl die Frage betreffend Gültigkeit des Vertrages sich nicht um den nicht geäusserten Willen dreht, da unbestrittenermassen ein gültiger Vertrag hierauf nicht zu stande gekommen, sondern um die Erklärung ohne entsprechenden Willen.

Es ist ferner zu beachten, dass wir es hier nicht mit einer blossen Interpretationsfrage zu thun haben; die Interpretation will lediglich den Sinn herstellen, wie er dem Erklärungsempfänger in der Erklärung entgegentreten musste; hier dagegen müssen wir uns fragen, welcher Sinn liegt objektiv, nach sämtlichen, nicht bloss dem Erklärungsnehmer, sondern auch dem Richter bekannten Umständen beurteilt, in der Erklärung. Dabei ist nicht zu verhehlen, dass diese Unterscheidung sich in vielen Fällen auf die Theorie beschränkt; bei der praktischen Realisierung dagegen beide zusammenfallen.

Betrachten wir zunächst die absichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung.

α) Absichtliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung.

Man wirft öfters drei verschiedene, hier zu behandelnde Fälle, nämlich die des Scherzes, womit verwandt der Vertrags-

abschluss zu Lehrzwecken etc., die der Simulation und der Mentalreservation, zusammen, als ob sie das nämliche juristische Gebilde und daher auch gleich zu beurteilen wären, indem man den Scherz etc. als einen Spezialfall der Mentalreservation und letztere als eine einseitige Simulation bezeichnet. Diese Anschauung ist jedoch falsch, und wir müssen daher schon von diesem Gesichtspunkte aus, wäre es auch nicht zum Zwecke einer bessern Übersicht, die einzelnen Möglichkeiten auseinanderhalten. Dabei ist auch kurz zu sprechen vom Fall des Betruges und der Furcht, welcher eine Mittelstellung einnimmt zwischen dem der Simulation und der Mentalreservation.

αα) Scherz, Belehrung etc.

Es wird bewusst etwas als gewollt bezeichnet, was nicht gewollt ist, in der Voraussicht, die Gegenpartei werde diese Divergenz erkennen. Bei Belehrungen, Darstellungen auf der Bühne etc. wird dieses Erkennen auf Seite der Gegenpartei fast immer vorhanden sein, nicht aber so im Falle des Scherzes. Denn dieser soll ja gerade darin liegen, dass der Gegner all' seine geistige Kraft anspannen muss, um den wahren Sinn der Erklärung herauszufinden. Immerhin muss eine mehr oder minder grosse Wahrscheinlichkeit der diesbezüglichen Erkenntnis gegeben sein — ansonst hätten wir es mit einer Täuschung und folgerichtig mit einer Mentalreservation zu thun, die ja auch einen Scherz zum Zwecke haben kann, aber nicht selbst Scherz ist, daher trotz Mangel der beschädigenden Absicht Mentalreservation bleibt und den hiefür geltenden Rechtssätzen unterworfen ist. [1]) — Die Willenserklärung im Scherz ist sich Selbstzweck, während bei der Simulation ein ausserhalb ihr liegender

---

[1]) Windscheid, Pand. I, § 75, Note 2, nennt letztere Willenserklärung *aus* Scherz, den eigentlichen Scherz dagegen Willenserklärung *im* Scherz, eine Bezeichnung, die gewiss sehr scharfsinnig, aber für sich allein schwer verständlich ist.

Zweck gegenüber Dritten angestrebt wird; schon dadurch unterscheidet sich diese von jener. Das eigentlich charakteristische Unterscheidungsmerkmal aber besteht darin, dass bei der Simulation über die Divergenz gegenseitiges bewusstes Einverständnis herrscht, beim Scherz dagegen einseitig von einer Partei allein vorgegangen wird.

Kommt nun, wenn der Scherz nicht erkannt, oder sagen wir besser, nicht erkennbar war, auf die scherzweis abgegebene Erklärung ein gültiger Vertrag zu stande? Vom Standpunkte des Willensdogmas aus müssen wir sagen: nein. Merkwürdigerweise geht nun die Ansicht Iherings, also eines Anhängers der Willenstheorie, dahin, dass die Einrede des Scherzes, wenn dieser dem Erklärungsempfänger nicht erkennbar, gar nicht zugelassen werde, auch wenn der diesbezügliche Beweis erbracht werden könnte; denn es handle sich nur um eine Interpretation, der gegenüber ein Gegenbeweis — was niemand bestreitet — auch nicht zulässig sei. [1]) Wir wollen zugeben, dass in der praktischen Gestaltung die Nutzlosigkeit eines Gegenbeweises die Regel sein wird; aber hier wollen wir uns über das rechtliche Verhältnis klar werden und in dieser Richtung ist nicht einzusehen, warum ein Gegenbeweis vom materiell-rechtlichen Standpunkt aus ausgeschlossen sein sollte, während für den weit weniger frappanten Fall des Irrtums das Gegenteil behauptet wird, bei dem weder die Schwierigkeit des Gegenbeweises kleiner, noch das Schutzbedürfnis des Gegners geringer ist. Machen wir auch die Wirklichkeit eines auf die Rechtsfolgen gerichteten Willens nicht zur Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages, sondern bloss, um uns des Kohler'schen [2]) Ausdruckes zu bedienen, den auf den Geisteseffekt (in der Gegenpartei) gerichteten sog. Grundwillen, so müssen wir doch Nichtigkeit des Vertrages annehmen; denn gerade diesen Geisteseffekt will

[1]) S. 74. [2]) Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 335.

ja der Erklärende nicht hervorrufen. Man könnte sich vielleicht auf einen Eventualwillen, eine Art dolus eventualis berufen; aber so lange eine zum Wesen unseres Falles gehörende Wahrscheinlichkeit einer Erkennbarkeit des Scherzes vorliegt, können wir von einem solchen nicht sprechen, sondern höchstens von Fahrlässigkeit; der Eventualwille rechnet mit Wahrscheinlichkeiten und nicht mit blossen Möglichkeiten.

Mit unserer Anschauung stimmt auch das Quellenzeugnis in Fr. 3 § 2 D de oblig. et act. 44, 7 überein: nec enim si per jocum puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: spondes? et tu responderis „spondeo" nascetur obligatio, wo in keiner Weise vorausgesetzt ist, dass der Scherz vom andern erkannt wurde, bezw. erkennbar war. Wenn aber bei irgend einem Rechtsgeschäft, so wäre bei der Stipulation die Haftung bei blosser Erklärung gerechtfertigt.

Wenn aber auch der Scherz nicht bei Strafe der Gültigkeit des Vertrages im Rechtsleben verboten sein soll, so soll doch anderseits, wer den Scherz geniessen will, oder sich bei Belehrungen etc. ungenau ausdrückt, auch die schädlichen Folgen desselben tragen, sofern der Gegenpartei kein Verschulden zur Last fällt; daher Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, auch dann, wenn ihn selbst keine Schuld trifft.

Das Nämliche gilt, mit der Modifikation, dass ein Verschulden vorausgesetzt ist, auch für das S. O.-R. (Art. 1 u. 50).[1])

Das B. G. B schliesst sich in § 118 u. 122 dem gemeinen Rechte an.

---

[1]) Der deutsche Entwurf, wohl in Anlehnung an die Lehre von Windscheid (Pand. I, § 75, Note c u. d), lässt nicht bloss hier, sondern in allen Fällen der Divergenz den Vertrag gültig sein bei dolus und culpa lata des Erklärenden; über den Fall des dolus siehe unten, die Gültigkeit bei culpa lata hängt mit der bereits oben für dieses Gebiet als falsch nachgewiesenen Gleichstellung beider Schuldmomente ab.

ββ) Simulation.

Wie bereits bemerkt, sind sich bei der Simulation beide Parteien der Divergenz von Wille und Erklärung bewusst und daher kann von einem Anspruch auf das negative Vertragsinteresse seitens der einen oder andern Partei nicht die Rede sein. Da nun unsere Klage bloss auf das Verhältnis zwischen beiden Kontrahenten sich bezieht, so könnten wir füglich die Simulation von unserer Abhandlung ausscheiden.[1]) Allein es kann eben die nämliche Handlungsweise die Bedeutung einer Vertragserklärung auch gegenüber dritten Personen haben und zwar unabhängig von einander;[2]) und so tritt die Frage an uns heran: Ist die Erklärung auch Dritten, in die Sache nicht Eingeweihten gegenüber als nichtig zu betrachten?

Man könnte sagen: Die Erklärung darf nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden; sie ist so zu beurteilen, wie sie dem entsprechenden Erklärungsempfänger gegenüber formiert wird. Der Erklärende weiss, dass die bei der Simulation nicht Beteiligten nicht den seiner direkten Gegenpartei verständlichen Sinn in seine Rede hineinlegen, weil ihnen die besondern Nebenabreden, überhaupt die Gesamtheit der Verhältnisse, unter welchen die Erklärung erfolgte, nicht bekannt war; allein richtiger müssen wir doch unterscheiden: Es kann dies alles dem Geiste des Erklärenden klar vor Augen liegen; ja er kann sogar eine dahin gehende Absicht haben, Dritte, ebenfalls rechtlich in Mitleidenschaft Gezogene zu täuschen. Dann liegt allerdings diesen Dritten gegenüber eine Mentalreservation vor. Aber es ist dies nicht notwendig; es genügt zum Wesen der Simulation, dass

[1]) So auch Ihering, S. 74 und Mommsen, Haftung, S. 100. [2]) Die von Kohler (Jahrb. d. Dogm. XVI, O. 114) erwähnten Fälle, wo das Rechtsgeschäft eine einheitliche, in sich abgeschlossene Wirkung hat, die nur mehrere Rechtsverhältnisse ergreift, wie z. B. bei einseitigen Rechtsgeschäften etc. fallen nicht in den Kreis unserer Betrachtung, womit jedoch nicht gesagt sein soll, dass die von Kohler hieher gezogenen Inhaberpapiere wirklich dieser Kategorie angehören.

man den eigentlichen Sinn der Erklärung, soweit diese auf das Verhältnis zwischen den Simulanten allein Bezug hat, der Aussenwelt verdeckt; die Folgen der Simulation für Dritte, welche rechtlich damit in Beziehung treten, hat sich der Erklärende vielleicht gar nicht zum Bewusstsein gebracht und noch viel weniger damit eine betrügerische Absicht verfolgt; mit andern Worten, es fehlt ihm der eigentliche Wille, im Geschädigten einen bestimmten geistigen Effekt hervorzurufen und wir müssen daher die Wirkungslosigkeit der Erklärung und damit des Vertrages behaupten.

Nun lässt sich aber nicht leugnen, dass dies unter Umständen für die Verkehrswelt gefährlich werden kann, zumal dann, wenn für die Erklärung eine bestimmte Form üblich, auf dieser das Vertrauen zu derselben beruht und sie ihrer Natur nach Dritten gegenüber zu wirken bestimmt ist. Das gilt hauptsächlich für schriftliche Vertragserklärungen und zwar nicht bloss für streng formelle wie Wechsel etc.,[1]) sondern auch für gewöhnliche schriftliche Erklärungen. Daher dürfen wir für diesen Fall zu Gunsten der Verkehrssicherheit und entgegen der reinen Rechtskonsequenz Gültigkeit der Erklärung und des Vertrages annehmen.[2]) [3])

---

[1]) Man kann nicht sagen, dass die Gültigkeit schon aus der Formvorschrift erfolge; denn vermöge dieser sind allerdings die Nebenabreden, weil ihnen die Form mangelt, nichtig; daraus folgt aber nicht, dass das in die Form Gebrachte Gültigkeit besitze; denn die Form verlangt nur ein Mehr, nicht ein Weniger. [2]) So auch Kohler im Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 140: „Ist über einen Rechtsakt eine Urkunde aufgenommen worden, welche der Simulation keine Erwähnung thut, so kann der Einwand der Simulation weder demjenigen entgegengehalten werden, welcher auf Grund dieser Urkunde in gutem Glauben Rechte erworben hat, noch seinen Rechtsnachfolgern." — [3]) Über die sog. *verdeckten Geschäfte*, bei welchen die juristische und wirtschaftliche Seite einander nicht entsprechen, siehe Kohler, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 140. Verbietet die Rechtsordnung nicht bloss das juristische Mittel zum ökonomischen Resultat, sondern letzteres selbst, so muss der Vertrag als ungültig betrachtet werden. Ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wird aber deshalb nicht begründet sein, weil sowohl Parteien als Dritte den Stand der Dinge erkennen müssen.

Auf diesen Standpunkt stellt sich denn auch das S. O.-R. in Art. 16, Alinea 2 [1]) und 189, Alinea 2.

Das B. G. B. erachtet in § 117 eine dem S. O.-R. analoge Bestimmung für überflüssig. Schon die Motive zum Entwurf I (S. 193) sprechen sich dahin aus, es seien besondere, den Schutz gutgläubiger Dritten bezweckende Vorschriften nicht erforderlich. Man hat indes doch für einzelne Fälle solche Schutzbestimmungen aufgestellt; vergl. §§ 405, 892, 893, 932—936.

γγ) Betrug, Furcht, Zwang.

1. Der Betrug hat, sofern er nicht wesentlichen Irrtum erzeugt, nur dann Einfluss auf den Bestand des Vertrages, wenn er vom Gegenkontrahenten selbst ausgeht. Selbstverständlich kann letzterer einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht erheben; der Betrogene findet den nötigen Rechtsschutz in der actio doli.

2. Das Nämliche ist zu sagen bei *Furcht und Zwang*, (vis compulsiva), soweit diese verursacht sind von der Gegenpartei. Da aber dieses Moment auch Dritten gegenüber Wirkung hat, so müssen wir uns fragen, an wen sich letztere halten können. Gemäss dem oben Gesagten nur an denjenigen, welcher die Gewalt angethan, bezw. die Furcht eingeflösst, gegen den natürlich auch derjenige, dem der Zwang angethan oder die Furcht beigebracht wurde, mit der actio metus klagen kann. [2])

δδ) Mentalreservation.

Es wird etwas erklärt, während der Erklärende im Innern den gegenteiligen Willen statuiert, ohne diese Divergenz rechts-

---

[1]) Die Entwürfe von 1877 und 1878 enthielten Alinea 2 nicht. [2]) Auf die Streitfrage, ob in diesem Falle Nichtigkeit oder blosse Anfechtbarkeit des Vertrages vorliege, lassen wir uns hier nicht ein; Litteratur hierüber s. Windsch., Pand. I, § 8, Note 2. Das S. O.-R. wählt den Mittelweg, indem es, und zwar auch für den Irrtum, relative Nichtigkeit annimmt. (Art. 28, 18, 24, 26.)

geschäftlich hervortreten zu lassen. Der Zweck der Täuschung ist indifferent; sie kann geschehen in beschädigender Absicht, zum Scherz. Mangel des Willens, daher Nichtigkeit des Vertrages, so hat man argumentiert; der dolus bietet nur die Grundlage für eine Klage auf das negative Vertragsinteresse; das würde die reine Theorie verlangen. Dem gegenüber hat man sich dadurch getröstet, dass in der Praxis die Sache sich anders gestalte, indem einfach der Richter den an sich möglichen Gegenbeweis der Divergenz nicht zulasse.[1]) Das ist gewiss ein praktischer Trost, aber keine juristische Rechtfertigung; wir haben es hier überdies nicht mit der prozessualischen oder beweisrechtlichen, sondern mit der materiell-rechtlichen Seite zu thun und mit Recht hat man gefragt: Steht der Richter in dieser Weise über dem Recht, dass er einfach erklären kann: Das ist wohl die materiell-rechtliche Norm; aber die gute Sitte verbietet mir ihre Anwendung? Ist es von Gutem, dass die Rechtsordnung eine doppelte Buchführung hält?

Indessen lässt sich diesen Bedenken gegenüber mit gutem Grund behaupten: Auch die exceptio doli ist ein Bestandteil des materiellen Rechts; und die Möglichkeit einer Zurückweisung derselben durch replicatio doli — wir denken dabei an die durch Zwang oder Furcht hervorgerufene Erklärung — ist für unsere Frage bedeutungslos, nicht etwa deshalb, weil die Zwangslage den dolus rechtfertigte; denn das hiesse, der Zweck heiligt die Mittel, sondern deshalb, weil ein eigentlicher dolus im rechtlichen Sinn nicht vorliegt, da die Gegenpartei erkennt und erkennen muss, dass die Erklärung nicht ausschliesslich das Resultat des freien Willens, sondern zugleich des geübten Zwanges und der Furcht ist.

---

[1]) Zitelmann, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 403, sagt: „Die Mentalreservation ist also nicht eine grundsätzliche Modifikation der herrschenden Theorie, sondern eine Modifikation, die der Rechtssatz im Stadium seiner Verwirklichung erleidet."

Aber lässt sich die rechtliche Situation wirklich nicht einfacher gestalten? Ist nicht vielmehr der erforderliche Wille vorhanden, sodass wir von einer Divergenz zwischen diesem und der Erklärung nicht mehr sprechen können? Um diese Frage gehörig zu beantworten, müsste man vorerst genauer auf das Objekt des Willens eingehen; das würde uns indes hier zu weit führen und wir begnügen uns daher mit ganz wenigen Andeutungen, die auch für den sogleich zu behandelnden Irrtum Geltung haben.

Der Wille kann gerichtet sein 1. auf die entsprechende Körperbewegung des wollenden Individuums; 2. auf einen bestimmten geistigen Eindruck in der Seele des Gegenkontrahenten und endlich 3. auf gewisse Folgen dieses Handelns. Alle diese Kategorien stehen zu einander im Verhältnis von Ursache und Wirkung und Mittel zum Zweck. Wer den Zweck will, will auch das Mittel und beim Wollen des Mittels wird auch des Zweckes gedacht. — Wie weit dürfen und müssen wir nun beim Vertrage gehen? Sicher ist irgendwo eine Grenze zu ziehen; denn jeder Zweck dient als Mittel wieder einem weitern Zweck und so könnte man bis zum Endzweck alles Menschlichen vorwärts gehen.

Die Quellen geben uns hierüber keinen Aufschluss; sie reden nur im allgemeinen von mens, consensus etc., ohne, wie dies ihrem Charakter entspricht, ihre Beschaffenheit und ihr Objekt näher zu erörtern. Wir müssen daher die Frage nach der Natur der Sache beantworten. — Jeder Vertrag dient nun und soll dies nach dem Sinn der Rechtsordnung, einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck, von dem jener nicht zu trennen ist; und es muss sich deshalb auch die Gegenpartei dieses Zweckes bewusst werden, so beim Kauf Hingabe von Waren gegen eine bestimmte Summe Geldes, weil ansonst eine Übereinstimmung beider nicht stattfindet. Die Erreichung dieses bestimmten Zweckes ermöglicht dann den Rechtsgenossen, weitere Zwecke zu ver-

folgen, wie aber dies möglich, ob und in welcher Weise die Partei diesen Zweckgedanken mit dem Vertrag verknüpft, hat mit dem Vertrag selbst und daher auch mit der Gegenpartei an sich nichts zu thun.[1])

Wir haben gesagt, der Vertrag dient einem wirtschaftlichen Zweck; darin ist der rechtliche schon eingeschlossen, soweit ohne diesen jener nicht möglich ist; denn das Recht ist sich nicht Selbstzweck, sondern soll nur die wirtschaftliche Ordnung beherrschen und ermöglichen. Wie aber der Einzelne die wirtschaftlichen Zwecke nicht bis ins Detail erforscht, so noch viel weniger die rechtlichen Folgen; er denkt sich nur im allgemeinen den Schutz der Rechtsordnung hinter seinen diesbezüglichen Handlungen. Daher tritt denn auch die Rechtsordnung für den einzelnen Rechtsgenossen ein, stellt sich auf den Standpunkt einer Musterpartei und denkt und normiert für ihn.

Wenn man demnach sagt, der Wille müsse darauf gerichtet sein, in der Gegenpartei einen bestimmten geistigen Effekt hervorzubringen, so ist damit zugleich erklärt, den Geisteseffekt über den mit dem Vertrag unzertrennlich verbundenen wirtschaftlichen Zweck und den dafür erforderlichen rechtlichen Folgen. Sind letztere andere als die gewollten, so ist auch der betreffende Geisteseffekt nicht gewollt und daher ein Vertrag nicht zu stande gekommen. — Dieser notwendige Geisteseffekt ist aber nun im Fall der sog. Mentalreservation gewollt und daher bedürfen wir zur Aufrechterhaltung des Vertrages gar nicht der exceptio doli.

---

[1]) So entgegnet denn auch mit Recht die Zürcher Appellationskammer (Urteil vom 13. März 1886, journal des Tribunaux Vaud. XXXIV, 1886, S. 303) in einem Fall, wo 500 Fr. für die Zurückziehung einer Klage wegen Diebstahl versprochen, nachher aber öffentliche Anklage erhoben wurde, dem auf wesentlichen Irrtum sich berufenden Promittenten, dass dieser Irrtum nur ein unwesentlicher sei im Sinne des Art. 21 des S. O.-R.; denn der vom Rechtsgeschäft unzertrennbare wirtschaftliche Zweck war nur die Zurückziehung der Privatklage; das Weitere, jede Klage und damit jede Bestrafung abzuwenden, hat mit dem Vertrag an sich nichts zu thun.

Wenn der Erklärende für sich im Innern das Gegenteil meint, so ist das ein leerer Wunsch, der mit dem ausgesprochenen Willen im Widerspruch steht. — Wie aber, wird man erwidern, setzt das nicht voraus, dass die Rechtsordnung trotz der Mentalreservation die Rechtsfolgen eintreten lasse und dass sich der Erklärende dieses Umstandes bewusst ist, also ein circulus vitiosus? Doch nicht, der Reservant weiss, dass in jedem Fall die Rechtsfolgen eintreten, weil sein innerer Widerspruch so wie so nicht gehört wird, und wenn auch Dritten gegenüber geäussert, als protestatio facto contraria nicht in Betracht käme. Es beschäftigt uns hier eben nicht die Frage, ob die Mentalreservation rechtswirksam sei oder nicht, sondern vielmehr, ob letzteres an sich oder bloss vermöge einer exceptio doli. [1])

Auf den gleichen Standpunkt haben wir uns nun auch bezüglich des S. O.-R. zu stellen. Gewiss kann hier Art. 16 nicht zur Anwendung gelangen; denn dieser beschäftigt sich nur mit dem Verbergen der wahren Beschaffenheit des Vertrages durch übereinstimmenden, wirklichen Willen der Parteien. Es wäre auch inkonsequent, gutgläubigen Dritten gegenüber gemäss Alin. 2 die Einrede der Simulation abzuschneiden, aber nicht dem gutgläubigen Gegenkontrahenten gegenüber die Einrede der Mentalreservation.

Ebensowenig spielt das negative Vertragsinteresse bei der Mentalreservation des B. G. B. eine Rolle. Nach § 116 ist der

---

[1]) Eisele, Jahrb. d. Dogm. XXV, S. 444, meint: „Es kann unter Umständen dem Betrogenen vorteilhafter sein, das negative statt das Erfüllungsinteresse zu fordern; es ist nicht ersichtlich, weshalb man ihm dies nicht gestatten sollte; sobald man aber annimmt, es sei ein Vertrag zu stande gekommen, wird ihm das abgeschnitten." Aber es ist eben nicht ersichtlich, wie er betrogen sein soll, da doch die betreffende Thatsache (angeblicher Widerspruch zwischen Wille und Erklärung) rechtlich nicht den mindesten Einfluss hat. Eine Begründung könnte man nur in dem Gedanken finden, dass man den, welcher anders spricht als er denkt, strafen wollte durch die Verpflichtung auf einen höhern Betrag; ob aber wohl die Rechtsordnung soweit ins sittliche Gebiet hinübergreifen soll?

Vertrag gültig; eine Ausnahme soll bloss stattfinden für den Fall, dass die Erklärung einer Partei gegenüber abzugeben ist und diese den Vorbehalt kennt. Diese Bestimmung ist selbstverständlich und es liesse sich ja fragen, ob unter dieser Voraussetzung von einer Mentalreservation überhaupt noch gesprochen werden kann; in jedem Falle dann nicht mehr, wenn der Erklärende sich der Kenntnis der Gegenpartei bewusst ist; es läge dann vielmehr ein Scheingeschäft vor. Auf das negative Vertragsinteresse kann in diesem Ausnahmefall nicht geklagt werden, weil der Erklärungsempfänger über die Sachlage, wenn vielleicht auch gegen den Willen des Erklärenden, orientiert war.

β) Unabsichtliche Divergenz; Irrtum.

Falsche Vorstellungen bewirken, dass etwas erklärt wird, was in der That nicht gewollt ist, oder sagen wir nach dem Vorhergehenden genauer: Es wird infolge dessen ein Geisteseffekt in der Gegenpartei hervorgerufen, welcher nicht bezweckt war. Welchen Grad der Unrichtigkeit die Vorstellungen erreicht haben müssen, um den betreffenden Einfluss auf den Willen auszuüben, ist quaestio facti und wir müssen uns bei Entscheidung derselben weniger an philosophische Erörterungen der Psychologie anlehnen, als an die Anschauungen der praktischen Vernunft und des Verkehrs; denn in der Jurisprudenz kommen die Körper nicht als metaphysische Grössen, sondern als Tausch- und Gebrauchswerte in Betracht. Wie auf andern Gebieten, so pflegt die Rechtsordnung auch hier einen objektiven Masstab als Regel aufzustellen und zwar nach dem Vorgange Savignys für das gemeine Recht, was in der Folge auch ins S. O.-R. übergegangen, auf das Moment der Wesentlichkeit abstellend. Das B. G. B. geht in § 119 von demselben Gesichtspunkte aus; das erste Alinea [1])

[1]) . . . . kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, *dass er sie*

erklärt nur mit andern Worten, was Alinea 2 [1]) desselben Paragraphen ausdrücklich mit „wesentlich" bezeichnet. Auch für diesen Begriff sind nicht philosophische Theorien massgebend, sondern die Anschauungen des Verkehrs. Wenn im S. O.-R. bloss in Art. 19, 3 auf den Verkehr hingedeutet ist, so beweist dies keineswegs, dass bei den übrigen erwähnten Beispielen — sie sind nach den Eingangsworten nicht mehr als Beispiele — vom Verkehr abstrahiert wird. Es wird vielmehr vom Gesetzgeber vorausgesetzt, dass in den erwähnten Fällen auch nach den Verkehrsansichten der Irrtum ein wesentlicher ist. Das ist gewiss nicht zu leugnen von dem in Art. 19, 1 angeführten error in negotio, Ziff. 2 spricht von einem Dissens und 4 führt die Wesentlichkeit — allerdings ein Zirkel — wieder auf den Willen zurück. Ebenso will das B. G. B. nicht bloss bei error in persona oder in substantia, sondern allgemein auf den Verkehr abgestellt wissen; denn der Gesetzgeber gieng auch bei der Abfassung des ersten Alineas selbstverständlich davon aus, dass sich die Partei in erster Linie von den Rücksichten auf den Verkehr leiten lasse. Da nun ferner der Verkehr auch auf die konkreten Verhältnisse Rücksicht nimmt — der höchste Grad individueller Abweichung besteht darin, dass eine unwesentliche Eigenschaft zur ausdrücklichen Bedingung gemacht wird [2]) —, so lässt sich auch nicht mit Marcusen [3]) behaupten, dass wir es mit einem rein objektiven Masstab zu thun haben. Es ist vielmehr auch ein nur in dubio zur Anwendung gelangender; er ist nichts anders als dasjenige, was Marcusen in der Unterscheidung des deutschen Entwurfes zwischen „beachtlichem"

---

bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

[1]) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, *die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.* [2]) Vergl. Art. 20 bezüglich des Irrtums in der Person. Das hier Gesagte muss dem Sinne nach für alle Irrtumskategorien gelten. [3]) S. 160.

und „nicht beachtlichem“ Irrtum vorfindet, in einer Unterscheidung, von der wir nicht zu erkennen vermögen, dass sie sich mehr als phraseologisch von der zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrtum unterscheidet.

Die Entwickelung, welche die Irrtumslehre bei den Beratungen des B. G. B. durchgemacht, liefert den besten Beweis dafür. Im übrigen betont das B. G. B. in § 119, Alin. 1, sehr schön die Rücksicht auf die *konkreten Verhältnisse.*

Der nach dem Gesagten in Betracht fallende Irrtum kann sich entweder auf die Natur des Vertrages (error in negotio), den Gegenstand (error in corpore), unter gewissen Voraussetzungen auf die Person des Vertrages (error in persona) oder auf eine im Sinne des Verkehrs wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes (error in substantia) beziehen. Von diesen Kategorien ist die letztgenannte am meisten angefochten mit dem Hinweis darauf, dass doch lediglich ein Irrtum im Motiv vorliege. Mit diesem Argument ist indes sehr wenig bewiesen. Nicht bloss gewisse Eigenschaften, sondern der ganze Gegenstand des Vertrages bilden ein Motiv für den Vertragsabschluss, und es ist sehr bezeichnend, dass man auch schon diesen Irrtum in der Identität von den Fällen des unechten Irrtums ausscheiden wollte, weil derselbe ausschliesslich ein Irrtum im Motiv sei. Wir haben eben gezeigt, dass der durch den Vertrag unmittelbar zu realisierende wirtschaftliche Zweck mit zum Wesen des Vertrages gehört; und wenn nun gewisse Eigenschaften des Gegenstandes diesen Zweck erst ermöglichen, bezw. verunmöglichen, so gehören auch sie mit zum Wesen des Vertrages, ist ein Irrtum über sie mithin ein wesentlicher Irrtum im Sinne des gemeinen und des S. O.-R. Nicht dagegen kommt in Betracht der mit diesem unmittelbaren, primären Zweck als Mittel weiter zu erreichende Zweck und an diesen Zweck, an dieses Motiv denkt auch das S. O.-R. in Art. 21.

Nun sei dem, wie ihm wolle — wir haben hier nicht eine Irrtumslehre zu geben — in jedem Falle, wo der Vertrag nichtig ist, besteht trotzdem ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse; das ist schon verbürgt in Fr. 21, § 2 D d. act. emt. vend. 19, 1. Jene, welche Nichtigkeit des Vertrages nur bei Erkennbarkeit des Irrtums annehmen, können auch das negative Vertragsinteresse entbehren und müssen es, weil bei Erkennbarkeit auch die Voraussetzungen dieser Klage fehlen. — Für das S. O.-R. ist Art. 23, für das B. G. B. § 122 massgebend.

d) Dissens.

Der Dissens besteht in der Disharmonie der beiderseitigen Willenserklärungen, von welchen jede, für sich betrachtet, in Ordnung ist. Die Nichtigkeit des Vertrages ist unbestritten; dagegen ist die Grenze flüssig, wo die Willenserklärung des einen Kontrahenten in dem vom andern aufgefassten Sinn interpretiert, in Wirklichkeit also kein Dissens als vorhanden angenommen werden muss, zumal dann, wenn die erklärende Partei die Auffassung des Gegners mit Stillschweigen begleitet.

Der Grund des Dissenses liegt entweder darin, dass der Acceptant die an sich klare Erklärung des Offerenten missversteht, falsch auslegt oder nicht mehr in Erinnerung hat (sog. offenbare Disharmonie), oder darin, dass der Offerent eine dunkle, zweideutige Erklärung abgiebt, die dann ein Missverständnis bewirkt (sog. latente Disharmonie). In beiden Fällen ist eine Klage auf das negative Vertragsinteresse unbegründet; denn im erstern hat einerseits der Acceptant die falsche Auffassung sich selbst zuzuschreiben, anderseits hätte der Offerent das Missverständnis erkennen können und sollen. Im zweiten Fall hat umgekehrt der Offerent den Anlass zum Dissens gegeben; aber der Acceptant hat die Pflicht, bei zweideutigen Reden sich vorerst über ihren klaren Sinn zu erkundigen, bevor er

seine Zustimmung giebt. So sowohl nach gemeinem wie nach S. O.-R. und B. G. B. Letzteres spricht — systematisch richtiger — bei der Irrtumslehre nicht vom Dissens; wir haben einfach davon auszugehen, dass die Willenserklärung der einen Partei von der andern nicht acceptiert wird; es kommen also vielmehr § 145 u. ff. des B. G. B. zur Anwendung.

B. Mangel im Willen.

a) Hinfall der Offerte und der Annahmeerklärung.

Die Bedeutung des negativen Vertragsinteresses ist eine verschiedene, je nachdem man der Äusserungs-, Empfangs- oder Vernehmungstheorie bezüglich Perfektion des Vertrages huldigt. Es ist hier nicht der Ort, für die eine oder andere eine Lanze zu brechen, um so weniger, als auch die Anhänger der nämlichen Theorie unsere Frage wieder verschieden beantworten. Die Heftigkeit und lange Dauer, ja scheinbare Unsterblichkeit des Streites hat ihren Grund im Schweigen der Quellen; [1]) so ist auch der Diskussion über das negative Vertragsinteresse ein grosser Spielraum gewährt.

1. Wenn wir zunächst den *Widerruf der Offerte*, bezw. der Annahmeerklärung betrachten, so sehen wir dabei ab von der wenig Anklang findenden Meinung, dass der Vertragsantrag kraft seiner Natur, als einseitiges Versprechen, unwiderruflich sei. [2]) Wir anerkennen grundsätzlich die Möglichkeit eines Widerrufes, obwohl sich nicht leugnen lässt, dass die gegenseitige Bestimmung

---

[1]) Über die mutmasslichen Gründe dieses Schweigens siehe Kühn, Jahrb. d. Dogm. XVI, S. 62. [2]) Vertreten durch Köppen, Jahrb. d. Dogm. XI, Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen, S. 124 u. ff.; siehe ferner Windscheid, Pand. II, § 307, Note 7 a.

dem praktischen Bedürfnis mehr dient und dass die Anschauung des heutigen Verkehrs dahin geht, es soll niemand eine Offerte machen, ohne dem Oblaten zu ermöglichen, jene behufs Annahme oder Nichtannahme zu prüfen. Letzterer Gedanke hat dahin geführt, auch von einem stillschweigenden Verzichtsvertrag zu sprechen [1]) oder die Unwiderruflichkeit in Handelsgeschäften kraft Gesetzes eintreten zu lassen. Jenes ist aber reine Fiktion; ein Verzicht kann allerdings vorliegen; es ist aber dies nicht notwendig, ja nicht einmal die Regel und selbst in der Ansetzung einer Frist für die Annahme kann man einen solchen nicht ohne weiteres erblicken; denn der Zweck jener Fristbestimmung ist zunächst, die Wirkung der Offerte schon zum voraus zu beschränken. Eine Unterscheidung endlich zwischen Handels- und nicht Handelsverkehr ist für das gemeine Recht willkürlich.

Welche rechtlichen Folgen hat aber der Widerruf und bis zu welchem Zeitpunkt ist er zulässig? Die erste Frage scheint überflüssig zu sein; denn wer nur thut, was rechtlich statthaft ist, macht sich keiner culpa und noch viel weniger eines dolus schuldig und kann daher auch nicht mit Rechtsansprüchen verfolgt werden; die Ausübung eines Rechts soll nicht durch nachteilige Folgen für das Vermögen verhindert sein. Indes wäre dies doch zu weit gegangen; die Rechtsordnung erklärt bloss, es liege nichts mehr vor, was die Gegenpartei mit ihrem Willen erfassen und zu einem Vertrage gestalten könne: damit ist aber keineswegs gesagt, dass der Widerruf sich nicht als culposes, ja sogar doloses Verhalten qualifiziere und dass, selbst abgesehen davon, der Gegenpartei ein Anspruch auf Schadloshaltung nicht zustehe. Denn in dem Weniger ist nicht das Mehr eingeschlossen und es soll niemand auf Kosten anderer spekulieren dürfen.

Das Bedürfnis nach einer solchen Klage zeigt sich besonders dann, wenn man sich auf den Standpunkt der Vernehmungs-

---

[1]) Regelsberger, S. 72 u. ff.

theorie stellt. Denn betrachten wir einmal den Widerruf grundsätzlich als zulässig, so muss er statthaft sein bis zu dem Zeitpunkt, wo der Vertrag perfekt geworden, also so lange, als nicht der Offerent von der Annahmeerklärung Kenntnis erhalten. Allerdings bildet ein Schutzmittel gegen diese Gefahr des Oblaten der Umstand, dass man dann konsequenterweise auch für den Widerruf von der Vernehmungstheorie ausgehen muss, d. h. der Widerruf gilt erst dann als vollzogen, wenn er zur Kenntnis des Gegners gelangt. Er ist eine Willenserklärung wie die Offerte und die Annahmeerklärung selbst und muss daher auch der nämlichen Behandlung unterliegen. Immerhin kann sich auch so der Fall ereignen, dass Annahmeerklärung und Widerruf der Offerte sich kreuzen und so der Oblat Gefahr läuft, in der Meinung, das Vertragsverhältnis sei zu stande gekommen, Aufwendungen zu machen.

Zu demselben Resultat führt annähernd die Empfangstheorie. Ist nach dieser der Widerruf der Offerte bereits mit der Empfangnahme seitens des Oblaten vollendet oder erst mit der Kenntnisnahme? Auch die Anhänger dieser Theorie müssen sich für letzteres entscheiden; denn was man für die Richtigkeit der Empfangstheorie gegenüber der Vernehmungstheorie geltend macht, dass der fortdauernde Wille des Offerenten die Kenntnis der Annahme ersetze, trifft hier nicht zu; vielmehr handelt es sich um eine der Offerte entgegengesetzte Willenserklärung, die ebenso selbständig ist wie diese und deshalb auch, wenn sie vollendet sein will, zum Bewusstsein des Adressaten gelangen muss. Und dasselbe muss sogar für die Äusserungstheorie behauptet werden, bei deren Richtigkeit übrigens unsere Frage nach dem negativen Vertragsinteresse kaum jemals praktisch würde. Denn sobald der Oblat sich geäussert, ist der Widerruf wirkungslos und vor diesem Zeitpunkt soll er keine Handlung vornehmen, die ansonst nur auf Grund eines gültigen Vertrages erfolgt, oder vielmehr er hat keinen Anspruch auf rechtliche Vergütung für dieselbe.

Im S. O.-R. gestaltet sich die Sache sehr einfach, indem es, dem deutschen H.-G.-B. Art. 310 folgend, in Art. 5 Alinea 1 bestimmt, dass der Offerent bis zu dem Zeitpunkt gebunden bleibt, in welchem er den Eingang der Antwort bei ordnungsgemässer, rechtzeitiger Absendung derselben erwarten darf. Die Möglichkeit des Widerrufes, welche Art. 7 noch gewährt, ist derart, dass in diesem Fall ein Schaden des Gegners niemals eintreten kann. Bloss dann, wenn die Voraussetzung, dass der Antrag rechtzeitig angekommen, sich nicht erfüllt und der Adressat, was zwar selten vorkommen wird, weder aus dem Datum des Briefes, noch aus dem des Poststempels den Zeitpunkt der Absendung erkennen kann, dürfte es fraglich sein, wer den entstandenen Schaden zu tragen hat. Art. 5 Alinea 2 bietet uns hiefür keinen Ausweg, da dieser rechtzeitige Absendung voraussetzt. Wir müssen uns indes zu Ungunsten des Antragstellers entscheiden; denn durch Hinsetzung des Datums hätte er die ganze Situation klar machen und so den Gegner vor Schaden bewahren können.

Nun kann aber auch die Annahmeerklärung rechtzeitig erfolgen, ein Widerruf der Offerte ausbleiben und trotzdem ein Vertrag nicht zu stande kommen, indem die Acceptation in einem Zeitpunkt zur Vollendung gelangt, wo die Offerte schon von sich aus, ohne ergangenen Widerruf, erloschen ist. Können wir den Offerenten vom Standpunkt des gemeinen Rechtes aus zu einer diesbezüglichen Benachrichtung an den Acceptanten verpflichten? Wir müssen sagen: nein; es lässt sich aus seinen allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein Grund ableiten, der ihn verpflichtete, auf diese Weise den Gegner vor Schaden zu bewahren; der Acceptant muss selbst die Folgen des von ihm gewählten Erklärungsmittels tragen. — Auch hier gewährt uns das S. O.-R. ein sicheres Schutzmittel in der Bestimmung des Art. 5 Alinea 2.

Die analoge Entscheidung ist für das B. G. B. zu treffen mit dem allerdings grundsätzlichen Unterschied, dass nicht auf das

negative, sondern auf das Erfüllungsinteresse gehaftet wird und zwar auch in dem nicht ausdrücklich erwähnten Fall, wo infolge unerwartet verspäteten Eintreffens der Offerte, ohne dass der Oblat von dieser Verspätung Kenntnis hat, die Annahme zu spät erfolgt. Denn die Analogie zwischen diesem Fall und dem in § 149 notierten ist eine zu zwingende.

2. Allgemein lehrt man, dass der *Tod des Offerenten* vor der Perfektion des Vertrages das Zustandekommen des letztern verhindere, weil die Offerte selbst hinfällig werde. Immerhin anerkennen einige einen Schadenersatzanspruch des Oblaten, sofern er vom Tode keine Kunde erhalten. Man stützt sich dabei sowohl für das eine wie für das andere auf die Behandlung des Mandates seitens der Quellen (Fr. 26 pr. D mand. 17, 1; Fr. 58 pr. eod.; Fr. 34 § 1 eod.; Fr. 19 § 3 D de donat. 39, 5), und macht allgemein geltend, dass nur fertige Vertragsverhältnisse auf die Erben übergehen; allein erstlich ist letzterer Grundsatz in diesem engen Sinn gefasst, nicht richtig; denn auch in bedingte Willenserklärungen, Ersitzungsverhältnisse etc. tritt der Erbe ein; die Willenserklärungen sind in demselben Mass bindend für den Erben, in welchem sie es für den Erblasser waren. Fr. 1 pr. § 1 D d. exc. r. vend. et trad. 21, 3; Fr. 73 D de evict. 21, 2; Fr. 20 D qui et a quib. 40, 9; Fr. 59 D d. reg. jur. 50, 17; Fr. 177 pr. eod. nov. 48 pr. etc.) Der Offerent hat alles gethan, was von seiner Seite notwendig ist; warum soll die Kraft seines Willens auch nach seinem Tode nicht fortdauern, bis sie durch eine entgegengesetzte Willensäusserung seines Nachfolgers aufgehoben wird, welche diesem natürlich innerhalb der nämlichen Grenzen wie dem Erblasser zusteht?

Eine gewisse Gebundenheit des Offerenten besteht immerhin auch bei Möglichkeit des Widerrufes, die sich darin äussert, dass, wenn die Offerte rechtlich bedeutungslos sein soll, eine entgegengesetzte Erklärung von seiner Seite erfolgen muss und dass im andern Fall durch ein einfaches Jawort des Oblaten der

Vertrag ins Dasein tritt. — Sodann ist das Mandat ein fertiges Vertragsverhältnis und geht doch auf die Erben nicht über; dieser Umstand beweist uns, dass wir nach einem andern Criterium unterscheiden müssen.

Es gelangt der nämliche Grundsatz zur Anwendung im Stadium der Offerte wie in dem des bereits begründeten Vertrages: Es kommt darauf an, ob die Offerte mit Rücksicht auf eine bestimmte Person, wie dies beim Mandat thatsächlich zutrifft, abgegeben worden ist oder nicht und dies entscheidet sich wiederum darnach, ob der entsprechende Vertrag von der Person absieht oder nicht. Geht also der Vertrag auf die Erben nicht über, so muss natürlich auch die entsprechende Offerte in sich zusammensinken, ansonst aber nicht. Ein Quellenzeugnis wird sich gegen diese Ansicht nicht anführen lassen. Ob dann der ev. Hinfall der Offerte sich vom Tode des Offerenten an datiert oder erst von dessen Kenntnisnahme seitens des Adressaten, wobei dann die Sachlage nach den verschiedenen Perfektionstheorien sich wieder verschieden gestaltet, ist nur insofern von Belang, als im letztern Fall der Adressat seine Klage auf allfälligen Schadenersatz auf den bereits zur Existenz gelangten Vertrag gründen kann; entscheiden wir uns für die erste Alternative, so müssen wir unsere Klage auf das negative Vertragsinteresse zu Hülfe ziehen.

Das Nämliche müssen wir bezüglich des Todes des Acceptanten behaupten und mit noch weit mehr Berechtigung bezüglich eintretender Handlungsunfähigkeit des einen oder andern Kontrahenten, weil in diesem Fall nicht das Rechts-, sondern nur das handelnde Subjekt wechselt.

Auf diesen Standpunkt stellt sich denn auch das B. G. B. in § 130 und § 153. Die nämliche Norm stellte auch der schweizerische Entwurf von 1877 in Art. 58 auf: „Der Antrag erlöscht nicht durch den Tod des Adressaten oder des Offerenten, sofern nicht letzterer eine gegenteilige Absicht an den Tag

gelegt oder dies nicht aus den Umständen hervorgeht. Das Nämliche gilt, wenn die eine oder andere Partei handlungsunfähig geworden ist. Die Annahmeerklärung, welche erfolgt, ist in Unkenntnis von der eingetretenen Handlungsunfähigkeit oder Tod, bindet den Annehmenden nur, wenn man annehmen kann, dass er auch bei Kenntnis des Todes oder der Handlungsunfähigkeit acceptiert hätte." Wenn der Entwurf von 1878 und das Gesetz selbst diese Bestimmung weggelassen, so bedeutet dies nicht, dass nun das Gegenteil Norm ist, sondern nur, dass man jene Bestimmung als selbstverständlich betrachtete, was auch mit dem handelsrechtlichen Charakter des S. O.-R. im Einklang steht, sowie mit seinen Bestimmungen über das im gemeinen Recht zur Vergleichung herangezogene Mandat (Art. 403).

3. Die gleiche Behandlung wie die gewöhnliche Offerte muss die sog. *Auslobung* erfahren, es sei denn, man betrachte diese als ein einseitig verbindliches Versprechen [1]) oder spreche ihr als einer Offerte ad incertas personas jeden rechtlichen Charakter ab.[2])

---

[1]) Wie dies thun Kuntze, zu Holzschuher III, S. 297—302; Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, S. 91—108; Puchta, P. § 259 Note 4; Arndts, P. § 241 Note 3; Brinz, S. 1549; Unger, Grünhuts Zeitschrift I, S. 370; Karlowa, das Rechtsgeschäft, S. 274 u. ff.; Stobbe, Deutsch. Privatr. III, S. 102; Köppen, Jahrb. d. Dogm. XI, S. 389 u. ff.; letzterer jedoch nur in dem Masse, wie er die Offerte überhaupt als einseitig verbindlich erklärt. — Eine eigentümliche Konstruktion ist diejenige von Ihering, S. 97 u. ff., wornach die Auslobung ein bedingtes Versprechen ist, jedoch mit der Modifikation, dass Erfüllung der Bedingung und Acceptation zusammenfallen; allein das Nämliche müsste konsequent von jeder Offerte behauptet werden und damit würde Ihering zu einem Anhänger Köppens werden. Sodann ist, von der Pollicitatio abgesehen, bedingtes Versprechen nichts anderes als ein bedingter Vertrag, setzt mithin selbst bereits Acceptation voraus und erzeugt bei Vereitelung der Bedingung seitens des Kontrahenten einen Anspruch auf das Erfüllungs- und nicht bloss auf das negative Interesse. Dass der Gegner des Auslobenden nach der Acceptation keine Leistung mehr vorzunehmen hat, ist etwas rein Unwesentliches und hängt damit zusammen, dass die Acceptation nur durch die Leistung selbst erfolgen kann. [2]) So Savigny, Obligationenrecht II, S. 90 u. ff. Das mag hingehen für das römische Recht, weil dieses überhaupt kein Freund von Vertragsanerbieten an unbestimmte Personen war; aber keines-

Wie bei der gewöhnlichen Offerte, so muss man auch hier einen Widerruf als zulässig erachten und zwar bis zum Zeitpunkt der Annahme, um so mehr als die Umstände, welche die Auslobung veranlassen, sich schnell ändern und so der Auslobende einem grossen Opfer entgegensehen müsste, während die Dritten unter dem Hinfall der Offerte keineswegs leiden, weil sie entweder noch nicht thätig geworden, oder sich für den erlittenen Schaden auf anderem Wege schadlos halten können.

Anderseits lässt sich nicht leugnen, dass bei der Eigenart der Auslobung ein Widerruf eine Gefahr fürs Publikum enthält; aber dennoch wird das Interesse des Auslobenden überwiegen; jeder Bewerber muss befürchten, gar nichts zu erhalten, wenn seine Leistung den gestellten Anforderungen nicht entspricht, während er in unserem Fall doch Entschädigung für seine Verwendungen erhält. Um so mehr muss er auch das kleinere Risiko auf sich nehmen, das übrigens bedeutend gemindert wird durch den Umstand, dass bei einem Widerruf der Auslobende bisweilen finanziell schlechter bestellt wäre, als wenn er nur einen einzigen Preis zu bezahlen hätte; denn es können sich verschiedene negative Vertragsinteressen zusammenfinden, weil Verschiedene thätig geworden und der an sich zulässige Gegenbeweis, dass der Kläger den Preis doch nicht gewonnen, im konkreten Fall oft schwierig sein wird.

Wann aber gilt die Acceptation als erfolgt? Man hat die verschiedensten Stadien als solche erklärt, von blosser ausdrücklicher Erklärung auch vor erbrachter Leistung [1]) an bis zur Übermittelung des Thätigkeitsresultates an den Auslobenden [2]), ja gar erst direkter Willensäusserung nach diesem Zeitpunkt. [3]) Die herrschende Meinung schlägt einen Mittelweg ein durch die

---

wegs für das gemeine Recht, weil es mit letztern auch die Auslobung als rechtliches Gebilde anerkannte.

[1]) So Bülow und Tzschirner. [2]) So Schott. [3]) So Exner.

Statuierung, dass die Annahme durch das Thätigwerden auf Grund der Auslobung geschehe, und sie ist auch als richtig zu bezeichnen mit der Modifikation, dass auch ausdrückliche Erklärung auf Grund bereits und ohne Rücksicht auf die Auslobung erfolgter Leistung genügt; denn die Leistung ist als solche zu betrachten ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Unkenntnis einer stattgefundenen Auslobung; erforderlich ist bloss, dass sie auf letztere hingeordnet werde. Anderseits wäre es zu weit gegangen, eine blosse Erklärung für genügend zu betrachten[1]); denn nicht jedem, der ja sagen kann, will der Auslober verpflichtet sein, sondern nur dem Leistenden und zwar dem ganz und voll Leistenden, so dass nunmehr die Prüfung an das Geleistete heranzutreten braucht. Der blosse Beginn der Ausführung genügt nicht, so wenig als eine Annahmeerklärung, die zwar abgeschickt, aber rechtzeitig wieder zurückgezogen wird.

Bis zu diesem Zeitpunkt ist demnach ein Widerruf statthaft, aber begleitet mit der Verpflichtung zur Leistung des negativen Vertragsinteresses an alle die, welche bereits thätig geworden sind. Wie sich aber allgemein der Beklagte von dieser Verpflichtung durch Leistung des Erfüllungsinteresses befreien kann, so auch hier, d. h. es darf der Auslober, wie bereits bemerkt, den Gegenbeweis erbringen, dass der Bewerber den Preis nicht gewonnen hätte, das Erfüllungsinteresse sich somit auf Null reduziert. Die Billigkeit verlangt dies um so mehr, weil ihm ansonst der Widerruf praktisch verunmöglicht wäre.

Was sagt nun diesbezüglich das S. O.-R.? Einer ausdrücklichen Erwähnung der Auslobung begegnen wir in ihm nicht, und es bleibt daher nichts übrig, als das über die Offerte im allgemeinen Gesagte auch hier anzuwenden; denn eine dahin-

---

[1]) Wäre diese Ansicht richtig, so könnte von einem negativen Vertragsinteresse nicht mehr die Rede sein, weil es dann in der Macht jedes Bewerbers stünde, dem Auslobenden den Widerruf abzuschneiden, bevor er Aufwendungen gemacht.

gehende Beschränkung, dass Offerten an unbestimmte Personen, als welche sich die Auslobung qualifiziert, rechtlich unmöglich seien, ist nirgends enthalten im Gesetz und würde auch seinem Charakter nicht entsprechen. Es lässt sich nur noch fragen, ob hier die Besonderheit des Art. 6 [1]) zutreffe, wie dies in der That Marcusen [2]) behauptet mit dem Hinweis darauf, dass ein bestimmter Oblat nicht vorhanden, auf dessen Antwort gewartet werden müsste, dass mithin der Antragsteller an die Offerte nicht gebunden sei. Allein es kann diese Argumentation nicht als richtig betrachtet werden. Denn es lässt sich auch die Antwort, bezw. hier die Leistung, einer unbestimmten Person erwarten und es ist durchaus nicht notwendig, den Zeitraum der Gebundenheit nach persönlichen Verhältnissen zu bestimmen, sodass von diesem Gesichtspunkt aus Ungebundenheit von Anfang an statuiert werden müsste. Es kann ja der Offerent auch bei einem Antrag an eine bestimmte Person die individuellen Verhältnisse der letztern nicht kennen; es genügt vielmehr ein objektiver Durchschnittsmasstab und dieser ist auch bei einer Auslobung gegeben. Die Zeit der Gebundenheit wird in der Regel der Natur der Sache nach eine längere sein. Eine stillschweigende Ablehnung der Haftung, von welcher Art. 6 weiter spricht, wird in der Auslobung auch nicht zu entdecken sein und ebensowenig verlangt die Natur des Geschäftes eine Abweichung vom Grundsatz. Da sich das Gesetz einmal auf den Standpunkt der Unwiderruflichkeit der Offerte stellt, [3]) so müssen wir auch den Widerruf des Auslobenden als wirkungslos bezeichnen. Die Gründe für die Verbindlichkeit sind die nämlichen hier wie dort; der

---

[1]) Der Antragsteller wird nicht gebunden, wenn er dem Antrage eine die Behaftung ablehnende Erklärung (ohne Verbindlichkeit etc.) beigefügt hat, oder wenn sich ein solcher Vorbehalt aus der Natur des Geschäftes oder aus den Umständen als selbstverständlich ergiebt. [2]) S. 181. [3]) Was Art. 7 Widerruf nennt, ist thatsächlich ein solcher nicht, weil bei dieser Voraussetzung vielmehr keine Offerte, bezw. Annahmeerklärung ergangen.

Statuierung, dass d:
Grund der A
bezeichnen
Erklärur
lobung
solch
ein
a

[illegible] hat ein ebenso grosses Interesse daran, dass ihm der [illegible] nicht unter den Füssen weggezogen werde, wie jeder [illegible] ein noch weit grösseres; denn letzterem ist die Mög- [illegible] geboten, ohne grosse Opfer sein Jawort schnell geben zu können; nicht so dem Bewerber bei der Auslobung. Es besteht demnach auch bei der Auslobung ein Bedürfnis nach einer Klage auf das negative Vertragsinteresse im S. O.-R. nicht, und sie würde übrigens, falls der Widerruf zulässig wäre, auch nicht immer durchdringen, weil die zum mindesten vorausgesetzte culpa sehr oft fehlt.

Das B. G. B. hat in § 658 für die Auslobung eine Ausnahmebestimmung getroffen, indem der Widerruf bis zur Vornahme der Handlung statthaft sein soll. Offenbar will damit der Gesetzgeber auch erklären, dass in der Vornahme der Handlung die Annahme liege und zwar, wie Schlussatz von § 657 zeigt, unabhängig davon, ob diese Handlung mit oder ohne Rücksicht auf die Auslobung erfolgt ist. Der Widerruf soll aber anderseits nicht mit der Haftung auf das negative Vertragsinteresse verknüpft sein; denn bei der genauen Normierung dieser Haftung im B. G. B. müssten wir auch hier, wo die Einräumung eines gewissen Rechtes eine Verpflichtung nicht zum vornherein als wahrscheinlich erscheinen lässt, eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung erwarten.

b) Stellvertretung.

1. Dadurch, dass gewohnheitsrechtlich das Prinzip der sog. direkten Stellvertretung auch im gemeinen Recht Anklang gefunden, ist der Stellvertreter aus der Reihe der vertraglich Verpflichteten herausgetreten. Denn nur deshalb, weil vorher der ausgesprochene Wille als sein Wille galt, wurde er selbst berechtigt und verpflichtet, und das verlangte auch die rechtliche Konstruktion, weil ansonst ein Übergang von Rechten und

Pflichten auf den Vertretenen undenkbar gewesen. Mit der Veränderung jenes Grundsatzes aber sind die daraus zu ziehenden Folgerungen andere geworden. Wenn der Wille des Vertreters als derjenige des Prinzipals betrachtet wird, wie soll dann jener in vertragliche Beziehungen zum Dritten treten können, wenn man nicht einen Garantievertrag zu Hülfe zieht und zwar unabhängig davon, ob eine Vollmacht bestand oder nicht; denn auch in letzterem Fall fehlt sowohl auf Seite des falsus procurator als auf Seite des Dritten der Wille, das behauptete Vertragsverhältnis einzugehen. Hält man an der römischen Auffassung fest, so muss man auch bei bestehender Vollmacht eine Vertragsklage gegen den Stellvertreter selbst für zulässig erklären, anderseits aber auch einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, vom Fall des dolus abgesehen, verneinen, weil ja stets ein gültiger Vertrag vorhanden.

Wenn man behauptet, das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung zeige sich darin, dass der Mitkontrahent, da er ja nicht mit dem Stellvertreter das Geschäft abschliessen wollte, berechtigt sei, vom Vertrage zurückzutreten, so geht man dabei eben von einer falschen Voraussetzung aus; denn der Mitkontrahent weiss ja, mit wem er in der Person des Stellvertreters event. in Beziehung tritt, und abgesehen hievon, müsste dies einen Unterschied doch nur für jene Fälle begründen, wo der Vertrag gerade mit Rücksicht auf die Individualität der Person abgeschlossen wird.

Das Festhalten an der römischen Auffassung entspringt einem übertriebenen Wohlwollen gegenüber dem Dritten; daher auch die Erscheinung, dass man ihm die Wahl zwischen Erfüllung und Schadenersatz lässt mit der nichtssagenden Begründung, dass durch ersteres allein, obwohl man einen gültigen Vertrag annimmt, das Interesse des Dritten beeinträchtigt werden könnte, [1]) als ob

[1]) So Bähr, Jahrb. d. Dogm. VI, S. 292.

dies nicht mit jedem gültigen Vertragsabschluss geschehen würde. Wir glauben aber, dass auch der Stellvertreter, wenn ihn kein dolus trifft, einer billigen Behandlung würdig ist. Diesem Erfordernis kommen wir, ohne den Mitkontrahenten in seinen Interessen zu verletzen, dadurch nach, dass wir ihn auf nicht mehr als das negative Vertragsinteresse haften lassen[1]) mit der Möglichkeit, sich von dieser Verpflichtung durch Erfüllung, bezw. Leistung des Erfüllungsinteresses zu befreien; denn mehr als die Erfüllung, bezw. das Erfüllungsinteresse, kann billigerweise der Kontrahent nicht beanspruchen, wenn ihm auch im konkreten Fall die Rückgängigmachung wünschenswert wäre. So giebt auch Bähr[2]) zu, dass die Erfüllung in Natur immer die vollkommenste Entschädigung und es daher eine unvollkommene Rechtskonstruktion sei, wenn einzelne Gesetze die Wahl der Entschädigungsklage völlig ins Belieben des Mitkontrahenten stellen. Wir gehen noch einen Schritt weiter und stellen, von dolus abgesehen, die Wahl völlig ins Belieben des Stellvertreters selbst, weil dies der Auffassung des gemeinen Rechts von der Stellvertretung einzig entspricht.

Diesen Gedanken bringen denn auch die meisten modernen Gesetzgebungen zum Ausdruck, indem sie ausdrücklich erklären, dass nur der Vertretene berechtigt und verpflichtet werde, nicht aber der Stellvertreter. Wenn sie trotzdem eine Klage auf *Erfüllung* oder Schadenersatz gewähren, so halten sie doch für diese Abweichung von der reinen Rechtskonsequenz eine ausdrückliche Normierung für notwendig; eine solche Ausnahme-

---

[1]) Das O. A. G. zu Darmstadt äussert sich in einem Urteil von 1864 (Seuff., Arch. XXIII, Nr. 126) dahin: „Hat ein Teil als Stellvertreter eines andern, ohne dazu berechtigt zu sein, kontrahiert, dann haftet zwar jener, jedoch nicht als Kontraktsschuldner, da er ja für sich nicht hat kontrahieren wollen; er kann aber mit einer actio in factum, nach Analogie der actio doli, auf Schadenersatz belangt werden." Sicher ist der Gegenstand dieser actio in factum das negative Vertragsinteresse. [2]) A. a. O., S. 292.

bestimmung findet sich aber im gemeinen Recht nicht; daher dürfen wir sie auch nicht in sein System hineinzwingen.

Auf unsern Standpunkt stellt sich denn auch das S. O.-R.; denn es stellt sowohl in Art. 36[1]) die vertragliche Haftung in Abrede, als es auch in Art. 48 nur vom Schadenersatz spricht.[2]) Dadurch hat es unzweifelhaft die Bestimmung des Entwurfes von 1877 in Art. 459 Alin. 4: „Wenn die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt wird, so kann der Dritte, welcher den Mangel der Vollmacht nicht gekannt, nach seiner Wahl Erfüllung des Vertrages oder Schadloshaltung verlangen" in obgedachtem Sinne modifizieren wollen; Schadloshaltung und Schadenersatz sind wohl identische Begriffe.

Auch das B. G. B. geht grundsätzlich davon aus, dass nicht der Stellvertreter, sondern der Vertretene haftet, wie § 164[3]) zeigt. Allein daneben hat es eine weitgehende Haftbarkeit des Stellvertreters statuiert.[4])

2. Eine Frage, die, streng genommen, nicht in diesen Zusammenhang gehört, die aber doch Beziehungen zur Stellvertretung hat, ist die, wie und in welchem Masse der Prinzipal aufzukommen hat, wenn er die Unkenntnis der mangelnden Vollmacht infolge Widerrufs verursacht hat. Wir müssen bei der Beantwortung davon ausgehen, dass die Vollmachtserklärung als solche eine Erklärung an Dritte, ans Publikum ist; über das Vertragsverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter, ob Mandat etc. haben wir uns hier nichts zu bekümmern. Demnach muss auch der Widerruf der Vollmacht, als den nämlichen Gesetzen unter-

---

[1]) Noch der Entwurf von 1877 enthielt in Art. 458 nur die Bestimmung, dass der Vertretene persönlich verpflichtet sei, ohne des Vertreters zu gedenken. [2]) Über die Bedeutung dieser Wendung siehe oben S. 69. [3]) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt *unmittelbar* für und gegen den Vertretenen. [4]) S. das Genauere hierüber oben S. 88—95.

liegend, an diese Dritten geschehen und daher kommen Neben-instruktionen zwischen Vertreter und Vertretenem, Kündigung des Mandates etc. für die Vollmacht rechtlich gar nicht in Betracht. Nun hat aber die Vollmacht die Eigentümlichkeit, dass sie in der Regel an mehrere, ans ganze Publikum gerichtet ist, und so können wir auch vom Widerruf nicht verlangen, dass er an jeden Einzelnen ergehe, es genügt eine Mitteilung an die Gesamtheit. Wann dies als geschehen zu betrachten, ist quaestio facti; besondere Normen hiefür stellt vielfach das Handelsrecht auf.

Sind diese Vorschriften nicht befolgt, so dauert die Vollmacht ungeschmälert fort; der Vollmachtgeber haftet auf Erfüllung. Sind sie aber beobachtet, so kann man auch einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse nicht gewähren; denn von einer culpa kann nicht die Rede sein, wenn das Verkehrsübliche gethan worden ist, ja nicht einmal von einer Verursachung. Denn der in der Vollmachtserteilung liegenden Ursache ist durch den Widerruf eine Gegenursache entgegengestellt, die sich gegenseitig paralysieren; die Ursache liegt vielmehr in einer Thatsache auf Seite des Vertreters oder des Mitkontrahenten oder beider zugleich.

Nicht das Nämliche lässt sich bezüglich Tod, Handlungs- oder Dispositionsunfähigkeit des Vollmachtgebers behaupten, weil diese nackte Thatsache für sich allein genügt zur Aufhebung der Vollmacht ohne weitere Kenntnisnahme seitens Dritter; allein der gleiche Grund, der bei dem ohnehin auf die Erteilung der Vollmacht grossen Einfluss ausübenden Mandat zu einer Ausnahme führt, hat auch hier die Bestimmung hervorgerufen, dass bis zur Kenntnisnahme des Todes etc. die Vollmacht als fortdauernd betrachtet wird.

Die gleiche Behandlung erfährt unsere Frage auch im S. O.-R. gemäss Art. 41 und 44. Letztere Bestimmung erleidet selbstverständlich auch Anwendung auf die Fälle des Art. 42; ob auch des Art. 43, erscheint mit Rücksicht auf die Spezial-

bestimmung des Alinea 2, wo bloss von Schaden [1]) die Rede ist, zweifelhaft. Das Richtigere wäre auch hier Haftung auf das Erfüllungsinteresse; denn das Belassen der Vollmacht in den Händen des bisherigen Vertreters qualifiziert sich als mangelhafter Widerruf und wenn Art. 41 auch nur von Widerruf schlechthin spricht, so setzt er dabei doch einen solchen voraus, welcher den Anforderungen des Verkehrs entspricht.[2]) Aber die Terminologie und der Umstand, dass von einer Haftung hier noch besonders die Rede ist,[3]) zwingen, um dem Gesetze gerecht zu werden, zur entgegengesetzten Annahme.

Bezüglich des B. G. B. siehe oben.[4])

---

[1]) Der Entwurf von 1878 spricht in Art. 49 Alin. 2 von Folgen, der Entwurf von 1877 erwähnt gar nichts diesbezüglich. [2]) So sagt auch der Entwurf von 1877 in Art. 460: Der vollständige oder teilweise Widerruf der Vollmacht kann Dritten, welche in Unkenntnis des Widerrufes gehandelt haben, nur dann entgegengesetzt werden, wenn den Vertretenen in der Mitteilung des Widerrufes keine Nachlässigkeit oder Verzögerung trifft. [3]) Im Entwurf von 1877 fehlt dieses Alinea. [5]) S. 95 und 96.